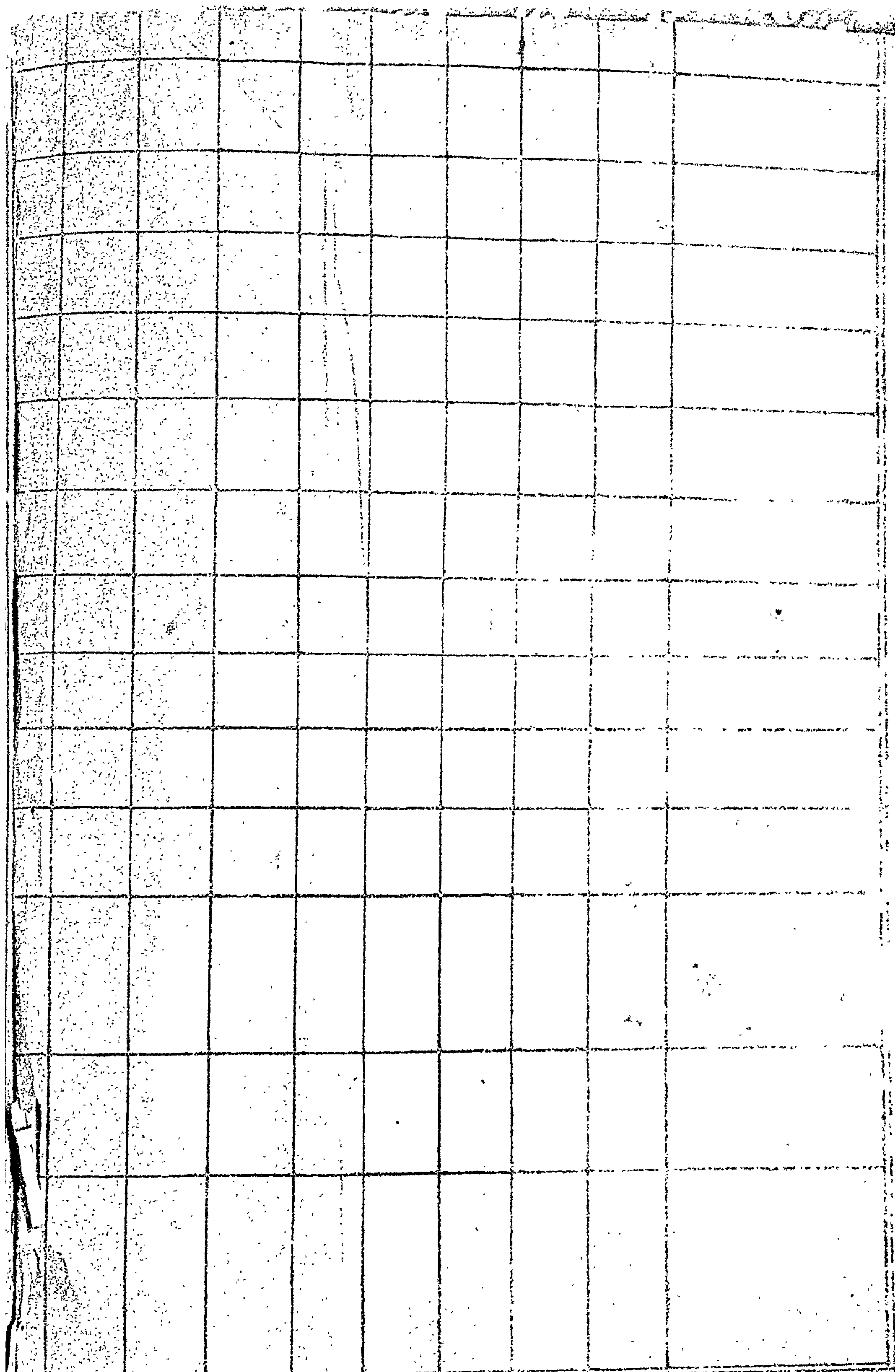


حاشية العلامة قرة الابنه

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري روملي
وهي تكملة فتح القدير للمحقق
الكمال بن الهمام رحمهم
الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي و بسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر)

﴿الطبعة الاولى﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٧
هجرية
(بالقسم الادبي)

﴿ باب اقرار المريض ﴾

أفرد اقرار المريض فى باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح وأخره لأن المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته الخ) اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أومهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة أو أقر فى مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتى عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقربها (وقال الشافعى دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل) اذ الغرض فيه المضاف الى محله وهى الذمة القابلة للحقوق

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال المصنف (واذا أقر الرجل الى قوله مقدم) أقول التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على انه لافرق بين الدين والديون فى الحكم قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض ودين الصحة الى قوله ومناكحة)

ومن يتوكل على الله فهو حسبه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

﴿ باب اقرار المريض ﴾

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع فى بيان أحكام اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون) أى بديون غير معلومة الاسباب (وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه) أى فى مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أى لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أومهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) على ما أقر به فى مرضه الى هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستوائهما سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فينبغى أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين لوصفى الثابت بالاقرار فى دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت فى المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المبايعة والمناكحة يدل على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعى على ما ذهب اليه بعض أصحابنا لادليله على ما هو المختار وأشار اليه المصنف فى تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أى هو الاقرار الصادر عن الاهل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقى ههنا شئ وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح

فصار كانشاء التصرف مبايعة أو مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار إخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلا اذا (٣) احاطت الديون بماله و بالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت

قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وبهذا يخرج الجواب عن قوله ومحل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير في المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جوابا عن ذلك وهو وهذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو أن المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلأن يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اهـ وأنت خبير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار إخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أوفر كذا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين و يطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لأعلى ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشئ الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شئ وصول الأعلى الى رتبة ذلك الشئ بالاولوية لكنه لا يجدي شيأ ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أي صار اقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن أو آجر شيأ ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي اقرار المريض ذلك) أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا امتنع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شئ من الديون أصلا لاقتضاء وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلا ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال مراد المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أي بالثلث وبما دونه ثم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة (أقول) يرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لأن ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكأن الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيأ فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والأسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك (لأنه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الأدوية والاغذية (وهو) أي النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا (أقول) كون

النكاح

(قوله بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لأن النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصلية) أقول سيجيء ان قضاء الدين أيضا من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل (قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معترضة (قوله يجوز أن يكون حالا) أقول يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل) أقول وفيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا

أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض ابطال حق الباقين

بمعاينة القاضي أو بالبينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول) الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا وإلا كان مما يثبت باقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لا يرى في تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعني الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به الى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها فإن تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشي في دين الصحة مطلقا أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له (أقول) ليس هذا بتام لأن تلك العلة أعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا أنه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فإن قول المصنف لأنه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بينا فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لأنه من الحوائج الاصلية وقوله لأنه لا تهمة في ثبوتها (أقول) ان أراد أن قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهم ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان أراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لأن قوله لأنه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقر به ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لأن في إيثار البعض ابطال حق الباقين) وهو لا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه

يقدم على المتزوجة وتصير مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال (ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح) الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه فيمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين (لأن في ذلك ابطال حق الباقين) فلا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره

(قوله ولا تهمة في ثبوته في غيره) أقول فيه بحث فإن الظاهر من كلام المصنف ان قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره قال الاتقاني قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اه وفيه بحث أيضا

وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة قال (فاذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شئ يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) لأن الاقرار فى ذاته صحيح وانما رد فى حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون فى صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء) أى وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء فى الديون المعروفة الاسباب سواء فى عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم فى تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله فى مرضه متعلق بالفعلين جميعا أعنى قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى فى مرضه ما استقرض فى مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه) أى نقد فى مرضه ثمن ما اشترى فى مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أى والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضى فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما أو يسلم المقبوض لهما ولا يشاركهما فى ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفى المبسوط أرأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال فى النهاية وذكر فى الذخيرة أوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لا فى أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك فأما فى النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة (وفضل شئ) هذا من كلام القدورى يعنى وفضل شئ من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) قال المصنف فى تعليله (لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن أهله فى محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد فى حق غرماء الصحة) لكونه متهما فى حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أى صحة اقراره فى المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى فى مختصره (وان لم يكن عليه) أى على المريض (ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف فى تعليله (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعنى أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر فى وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى فى مرضه ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله أرأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعيها (وفضل شئ صرف الى ما أقر به فى حالة المرض لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه (وانما رد حقا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول يعنى نقد فى مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته فى التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدورى أيضا قال المصنف فى تعليله (لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى فى الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء فى النقل الى أحدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع فى الهداية والكافى وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبى جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا فى الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أى حاجة الميت (فى التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم عما كتبه بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة أو تحققا ولكن فضل شئ من التركة بعد قضائهما وأما اذا تحققا ولم يفضل شئ من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية أن يرفع بها الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة مالم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة فى كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا أقر بدين فى مرضه وعليه ديون الصحة لامكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به فى مرضه وبين مالزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثانى اذ المعاين لامرد له لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثانى منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرح به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين (الا أن يصدقه فيه) أى فى اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعى فى قول وأحمد وهو قول شريح وابراهيم النخعى ويحيى الانصارى والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح) وهو قول أبى ثور والعطاء والحسن البصرى وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم أن يزيد فى نصيبه ويتهم أن يزيد

(وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر أجيب بأن ذاك فى الوصية وما فى معناها والاقرار للاجنبى ليس من ذلك كما سيأتى (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الا أن يصدقه بقية الورثة وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح)

(قوله كما سيأتى) أقول فى آخر الصحيفة

لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ماذكره المصنف بقوله (لانه) أي لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار هذا الاقرار (كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شئ من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ماذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقرله خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا ولم نعتبر اقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد ردّا قراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا ألا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكأن تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته (فصار كالاقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقرله خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ما روى عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه اظهار حق ثابت الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف هنالك والمعنى لاستواء بين ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه فمات وجب الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الاتقاني (قوله لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا أن هذا التعلق لم يظهر فى

عليه وسلم والاثر الذى روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين و بالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا أن يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أى ففى تخصيص بعض الورثة بماله (ابطال حق الباقين) أى ابطال حق باقى الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خرافا و بالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقلى فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان تقديم قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يأبى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلى المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسيط قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال فى الكافى ولانه آثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو أوصى له بشئ من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال فى التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض (لم يظهر فى

(ولان حق الورثة تعلق بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الاقرباء بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا مخصص (الا ان هذا التعلق لم يظهر فى

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا عما زاد فانه اذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (ففى تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفى بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله ولهذا الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

حق الأجنبى لحاجته الى المعاملة فى الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح اقراره قال (واذا أقر لأجنبى جاز وان أحاط بماله) لما بينا والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا أنا نقول لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل

حق الاجنبى) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبى (لحاجته) أى لحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (فى الصحة) أى فى حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية فى حالة المرض لم تقض حاجته فى حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) فى الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبى يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أى وكذا لم يظهر هذا التعلق (فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أى لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا يحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أى اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أى أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة (واذا أقر لاجنبى جاز وان أحاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العينى وفى العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا فى الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أى تصرف المريض (عليه) أى على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا فى الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ينفذ الا فى الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم أن لا ينفذ تصرفه فى ثمن الاغذية والادوية الا فى مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور فى الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (الا انا نقول) فى وجه الاستحسان (لما صح اقراره فى الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره فى ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف فى ثلث الباقى لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار فى الثلث الثانى (ثم وثم حتى يأتى على الكل) كذا فى الايضاح وعامة المعتبرات (أقول) فيه شئ وهو أن الاتيان على الكل غير متصور فى الوجه المزبور أما على القول بالجزء الذى لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فأخرج

حق الاجنبى لحاجته الى المعاملة فى حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فان قيل فالحاجة موجودة فى حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبى يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا (لم يظهر فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبى جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبى صح وان أحاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضى جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى الثلث الباقى لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار فى الثلث الثانى ثم وثم الى ان يأتى على الكل فان قيل للمريض حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله صح له التصرف فى ثلث الباقى لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتى على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

(قوله كما مر) أقول فى آخر الصحيفة السابقة

قال (ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لأجنبية قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه)

منه أحدهما وبقي جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم امكان التجزؤ في شئ منهما وأما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك لان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لانا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتي على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر لاجنبي) في مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل اقراره) بالمال (فان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضا وقال زفر بطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المسئلتين (ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه أقر لابنه فلا يصح) يعني ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين بذلك أن اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج) يعني أن الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي اقراره لاجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هنالك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها

قال (ومن أقر لاجنبي الخ) المقر له اما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا والوارث اما مستمر أو غير مستمر وغير المستمر اما أن يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره واما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب أو لغيره وما لغيره فاما أن يكون بسبب لارث ثمة يستند الى وقت العلوق أولا واما أن يكون أعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فهذه ثمانية أوجه ففيما لم يكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء لحجب كما اذا أقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق بين أصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره أي لغير الحجب كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث

(قوله وما لغيره) أقول أي لغير الحجب (قوله واما أن يكون) أقول معطوف على قوله واما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله اما أن يكون وارثا حالة الاقرار (قوله كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر الخ في أية هذه الصور يندرج فانها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا حال الاقرار

لانهما متهمان فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة فى أقل الامرين فيثبت

﴿فصل﴾ (ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه

الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما فى استخراج هذا المقام والذى يطابق ما مر فى كتاب الطلاق من هذا الكتاب ماذكره الزيلعى فانه قال هنالك وان طلقها ثلاثا فى مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هنالك بما قيده الزيلعى ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم انى تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر فى شئ منها بكون الحكم واحدا فى الموضعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ماذكره الزيلعى وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافى وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به فى كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور الا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور فى الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته فى مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور فى الكتاب ثم أقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لانهما) أى الزوجين (متهمان فيه) أى فى هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار بهذا الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز (و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أى فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة فى اقراره (ولا تهمة فى أقل الامرين فيثبت) أى أقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما ملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفى الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهى منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

﴿فصل فى بيان الاقرار بالنسب﴾ قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثانى ولا ريب فى أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثانى بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أى مثل ذلك الغلام (لمثله) أى لمثل المقر يعنى هما فى السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أى للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أى أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أى فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه)

لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها و باب الاقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة فى الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان بسبب كما اذا أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبى فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا فى الحالين دون الوسط كما اذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضى العدة ومات بطل الاقرار عند أبى يوسف و جاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند كما اذا أقر لشخص فى مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبى يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وبعدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول فى تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

﴿فصل﴾ ذكر الاقرار بالنسب فى فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله كما اذا أقر لاجنبى فى مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره) أقول والاقرار للابن المحروم اذا أسلم أو عتق بعد الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجىء فى كتاب الوصية ﴿فصل ومن أقر بغلام﴾

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه فى يد نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة فى الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أى ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعنى أن النسب فى الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أى لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) أى تصديق الغلام (لانه فى يد نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه) واذا كان فى يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر فى التبيين (أقول) ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط فى لزوم ما أقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر فى صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال فى ذلك أيضا ان الحق له فينبغى أن لا يثبت بدون تصديقه وقال فى البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول) تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال فى التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندى اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفى بعضها مشقة على المقر له ففى الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لانه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أى فى باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة فى الميراث) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره أى ويشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة فى ميراث المقر قال المصنف فى تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أى ورثة المقر بالنسب (قال) أى القدورى فى مختصره (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) أى بالشرائط التى مر بيانها كما صرح به فى الكافى ومعراج الدراية وسائر المعتبرات (أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع فى مختصر القدورى وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك فى الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أى ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها نص عليه فى الكافى والشروح (والمولى) اى ويجوز اقراره بالمولى يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك فى الولاء كذا فى الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذى ذكره ههنا من صحة

لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلاث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كى لا يكون مكذبا فى الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر فى اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه فى يد نفسه بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه على ما مر فى باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء فى حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا وجه التأخير وأما وجه ذكره فى فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره قال المصنف (ويجوز اقرار الرجل الخ) أقول وفيه بحث فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغى أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك فليتأمل

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج)

اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبى وغيرها والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعنى أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية فى صحة اقراره بالام انما نشأ عما صرح به فى عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف فى الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر فى تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور فى الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلى وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفى الذى هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلى وان كان دليل ذلك هو القياس الجلى أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار فى صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغى أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لا نسلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه أصلا فى النسب فكأنه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا فى الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقل أحد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا فى البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى فى صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به فى الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا فى المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (لان فيه) أى فى اقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أى من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم (الا أن يصدقها الزوج)

الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور فى المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبى ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقر بما يلزمه الخ وقال فى المبسوط واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر فى ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا أن يصدقها الزوج

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة وان قيد بعدم التزوج فاقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه فى القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة فى هذا مقبول وقد مر فى الطلاق وقد ذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى ولابد من تصديق هؤلاء

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعنى اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أى الزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أى أو الا أن تشهد قابلة بولادته أى بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفى بعض النسخ بولادتها أى بولادتها اياه ففى هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفى الاولى عكس الامر (لان قول القابلة فى هذا) أى فى هذا الخصوص (مقبول) اذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة (وقد مر فى الطلاق) أى فى باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند أبى حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل فى جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه فى نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا فى شرح الاقطع فان قلت لاى معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل فى الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ما سيأتى فى الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلأن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهى صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الاربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أى ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر اثره فى موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبى المقر وأمه بخلاف من صح اقراره فى حقه كما ذكرناه والثانى صحة رجوع المقر عما أقر فى حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء فان من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته الى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى قال المصنف (ولابد من تصديق هؤلاء) أى لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم فى أيدى أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا فى الكافى وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه

لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة وقد مر فى الطلاق (قوله وذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (ولابد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها

ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح القائم قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر) يعني أن المقر له بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته (لان النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ألا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره فى النسب) لان فيه حمل النسب على الغير

وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار يفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس بتام لان العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبى حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمى أو تكون حربية خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها فى هذه الصور عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبى حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ماذكره صاحب العناية فى هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفى تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب و يثبت بعد الموت فتى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شئ هو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا فى النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فسلم لكن ذلك لا يجدى نفعا اذ الكلام فى المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فممنوع بل وجوبها فى المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يبين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق نحو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ماذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ماذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ماهو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالاشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث فى مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه فى حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدا كذا فى الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبى (نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا فى الكافى (لا يقبل اقراره فى النسب) وان صدقه المقر له بل لابد فيه من البينة كذا ذكر فى التحفة وغيرها (لان فيه) أى فى هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان فى الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة مالم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخاله وفى الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة مالم يكن ابن جد المقر لا يكون عماله وفى الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر مالم يثبت بنوته من ابن المقر وفى الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون جد المقر مالم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل فى النسب لان فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرله) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقرله ميراثه) لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقرله ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الارث)

أو نه من أبيه (فان كان له) أى للمقر بحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الارحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقرله) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقرله (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره فى النسب وقع فى محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك أن الرجل اذا أقر فى مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شئ للمقرله لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقرله مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقرله ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب و باستحقاق ماله بعده وهو فى الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفى الثانى مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقرله فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقرله (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى فى الاقرار المذكور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة والقضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أى الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أى لكن الاقرار المذكور (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بتأويل الايصاء ولعمرى أن المصنف يفرط فى المساهلة فى أمر التذكير والتأنيث فى كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقرله ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أى رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الارث) أى يشارك المقرله بالاخوة المقر فى الارث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم وقال الشافعى لا يشاركه فى الارث لعدم ثبوت النسب

وأما فى الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقرله هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقرله ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب و باستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثانى على نفسه وهو مسموع لان له التصرف فى مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له وبقية كلامه لا تحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبنى على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه فى الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبى حنيفة وان كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقرله يشارك المقر فى الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون)

وحكي ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك في المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشتري اذا أقر على البائع بالعتق) أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) اقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي جدة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا أن اقراره صح فيما بيده نفسه ولا يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وللميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمسين) درهما (لاشئ للمقر) أي لاشئ من المائة للابن المقر (وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان للابن الآخر

(لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت) قال أبو حنيفة اذا أقر أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن أبي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر ولابي حنيفة ان زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما ان أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم

لان هـذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فان أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهم فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

لان هـذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هـذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازا عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وعما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالاظهر عندي في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك الا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة اذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيأ من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا (على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم

(قوله على ما مر) أقول في أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع
على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب تمام حقه والله أعلم

كتاب الصلح

بعد ذكره وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار (٣٣) [illegible] وهو اسم [illegible] في اللغة [illegible] وفي اصطلاح الفقهاء

كتاب الصلح

المقر والمنكر يعني زيادة على المقبوض لتصادقهما على كون المقبوض مشتركاً بينهما فلم رجح زعم
المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما أجاب
بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لم رجح يعني أن المرجح
هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريري السؤال
والجواب على الوجه الذي ذكره مختل أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر
وترجيح زعم المقر على زعم المنكر لا مساس له بكلام المصنف هنا لأنه قال غاية الأمر أنهما تصادقا على
كون المقبوض مشتركاً بينهما ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على
ذلك والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضاً في أثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما
حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم
المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارضاً وتناقضاً وأما تقرير الجواب فلأن المفهوم من قوله يعني
أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور إنما يكون
باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر
لأنه يرجع الغريم على المقر [illegible] على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وإنما بقي عليه
الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئاً فلا يرجع الغريم على المقر بشيء
بل يلزمه أن يعطي المقر أيضاً مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور فتدبر تقف ثم قال صاحب العناية
ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو
فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره والجواب أن المظلوم
لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) في الجواب نظر
لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولاً إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على
الغريم بعد ذلك طالباً لتمام حقه إذ ليس حقه في المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالباً لتمامه وإن
لم يكن المقبوض أولاً بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوماً
وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب أن يقال لا نسلم أنه إذا كان من زعم
المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان في زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على
كون ما قبضه من الغريم أولاً مشتركاً بينهما كما تقرر نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم
لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قد مر مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف

قد وضع لرفع المنازعة
وسببه تعلق البقاء المقدر
بتعاطيه وقد بيناه في
التقرير وشرطه كون
المصالح عنه مما يجوز عنه
الاعتياض وسيأتي
تفصيله وركنه الإيجاب
مطلقاً والقبول فيما يتعين
بالتعيين وأما إذا وقع
الدعوى في الدراهم
والدنانير وطلب الصلح على
ذلك الجنس فقد تم الصلح
بقول المدعي قبلت ولا يحتاج
فيه الى قبول المدعى عليه لأنه
إسقاط لبعض الحق وهو يتم
بالمسقط بخلاف الأول
لأنه طلب البيع من غيره
فقال ذلك الغير بعت لا يتم
البيع ما لم يقبل الطالب
قبلت وحكمه ملك المدعي
المصالح عليه منكراً كان
الخصم أو مقراً ووقوعه
للمدعى عليه في المصالح
عنه إن كان مما يحتمل
التمليك والبراءة في غيره إن
كان مقراً وإن كان منكراً
فحكمه وقوع البراءة عن
دعوى المدعي احتمل المصالح
عنه التمليك أولاً وأنواعه
بحسب أحوال المدعى عليه
ما ذكره في الكتاب
وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما نذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

المخاصمة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله في إقراره ظالم) أقول فيه شيء فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهراً (قوله لأن المظلوم لا يظلم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوماً إذا رجع عليه في زعمه وهذا هو مراد الشارح

كتاب الصلح

المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه سيأتي في الكتاب أن الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت أو انكار انما هو في حق المدعي وأما في حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة وأما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا الدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان مالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولانواعه شروط أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذا من النهاية وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولا انتهى (أقول) فيه كلام وهو ان المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فاذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصورة

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

تملك المدعي المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو أنه اذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع أنه تملك هنالك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا اذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ) تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا أنهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لاطلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم أولوا

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

(قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف وتمام الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خبير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام مثل للعهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيجيء عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب عما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانيا فلان الصفة فى قوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام فى توجيه اطلاق قوله فلا يجدى حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيأ بل لابد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر للتعليل أى لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا فى سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان فى الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى (أقول) ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلاثة ليسا بتامين أما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدى شيأ فى دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام فى قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدى نفعا لو سلم عموم اللفظ فى نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والصلح خير كان فى الحال أن التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان فى الحال أى فى حال ورود الآية الكريمة فسلم لكن هذا لا ينافى أن يكون تحقق مدلوله فى الاستقبال ألا ترى انك اذا قلت الامر الذى يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائن فى الحال وأما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون فى المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه وان أراد بذلك ان الصلح الذى أخبر بأنه خير كان فى الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثانى وهو المذكور فى الكافى وفى سائر الشروح أخذا من الاسرار ووجه كون الصلح عاما فى قوله تعالى والصلح خير على تقدير انه ذكر للتعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذى عال فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلانه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كأنه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف فى الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدل الفاء بالواو انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لان الصلح خير وقال فى غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا اليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا أصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعنى الاطلاق فى قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز أنه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر فى عامة الكتب حتى الهداية والبداية وفيما سيأتى وهو أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه فى معنى الخلع ثم أقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية فى هذه المسألة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور مما أوردته الشافعية فهم أخذوا فى هذه المسألة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز فى تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع

وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لانه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما روينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة

لا يستلزم تركه عندهم فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب ههنا على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا أنكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت كان الاظهر ان يقال لآخر ما رويناه لا ان أوله حجة عليه لا له (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) ذكرهما تأكيدا وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ والا لكفى ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول ما رويناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من أوله وقد تقرر في علم أصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما روينا) أقول وههنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه كذا في الكافي ثم قال وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء

على

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شئ منهما بموجود أما الثاني (فلأن المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا

مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في أحكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فهذا التأويل والحمل في آخر الحديث أعنى لفظ الحرام والحلال واطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا لا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا اذ لجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجرى قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه أئمتنا من جواز الصلح مع انكار وسكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما صرح به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى دار سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه

فتجرى فيه الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضى الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لامحالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعى ما ادعاه وهو لايجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه الى التسليم لايجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل فى ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هى المفسدة فما لايجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه فى معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لايجوز فان الاعتبار فى العقود للمعانى كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا فى زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل فى حق امرأته والتحريم المؤبد فى حق امها (وهذا) أى كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (فى الانكار ظاهر وأما فى السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك) مع ان حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل

(فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل) لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا فى الانكار ظاهر وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك

عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ماصرح به فى أول الفصل الآتى مع انه لم يذكر فى هذه الضابطة وان كان فى معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتى فى الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا فى هاتيك الضابطة وليس فى معنى عقد البيع ولا فى معنى عقد الاجارة بل هو فى معنى عقد النكاح ولم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون فى معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون فى معنى الخلع وليس شئ منهما بداخل أيضا فى الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لايقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر فى الفصل الآتى عن قريب لانا نقول قد ذكر هنالك ماذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار فى معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به فى التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ماذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيأ بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ماصرح به مع انه فى حق المدعى

قال (وإذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أى المدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما فى زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع ذلك واذا صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه مابذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى الذى اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين أن المال فى يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة وأجيب بأن المدعى عليه

مضطر فى دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع وأما المدعى فهو فى خيرة فى دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعى حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أى فى أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه فى كون البعض المستحق فى يده وأما رد الحصة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه مابذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيأ حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين

المدعى ليس بمعنى المعاوضة لان فى زعم المدعى ان العين الذى ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان

فلخلو العوض فى هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه فى الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما فى البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجر لفظ البيع فى الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فان المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعى اذ الانسان لا يشترى ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعى (فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين) أى فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول يعنى يبقى العرض فى يد المدعى (قوله فلا يسترده) أقول أى بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحقت فان المدعى يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذ الضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقا فى دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت فى باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه فى الباقى (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وابرأ عن الباقى والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى ان يدعى البقية لم يكن له

قال (وان ادعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقى) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شىء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه فى البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى

فصل (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو فى حق المدعى فى تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به ايضا (قوله او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هى ان يقول قد برئت من هذه الدار او يقول قد برئت من دعواى فى هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال ابرأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتى فى هذه الدار فهذا وامثاله باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك فان فى قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا فى يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه وانما ابرأه من ضمانه كذا فى الذخيرة الى هنا كلامه (اقول) فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى فى العين بدون الحيلة فى تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا لصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقى كما فى الصلح على بعض المدعى فى الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعواى فى هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان فى قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى فى قوله ابرأتك عن هذه الدار لا فى قوله ابرأتك عن خصومتى لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتى فى هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا فى عبد فى يد رجل فان المذكور هناك فى جانب الابراء انما هو قول الآخر ابرأتك منه لا غير تبصر

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه فى معنى البيع على ما مر) اقول ههنا شىء وهو ان قول القدورى والصلح جائز عن دعوى الاموال

ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف (والوجه فيه) اى الحيلة فى تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (احد امرين ان يزيد درهما فى بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقى او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) مثل ان يقول برئت من دعواى فى هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفى ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواى او خصومتى فى هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان لا عن الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات فى تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتى فى هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره فى ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويفهم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله اعلم

مطلق

فصل لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل فى هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان فى معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) اقول الناقل هو الاتقانى عن الواقعات الحسامية

فصل والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) اقول ينبغى اذا لم يكن بالمنافع والا فهو بمعنى الاجارة

وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة لأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح

قال (والمنافع) لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح

مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فإن أجري على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر آنفا وظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فيكون تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لأنا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الأموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف في تعليله (لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح إلا أنا نقول لأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الإسقاط فإن لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه إسقاطا فصححناه إسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط إلى هنا كلامه فإن الموصى له إذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح ثم أقول يمكن أن يقال إن الموصى له وإن لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تمليكها حكما من حيث إنه يقدر على إسقاطها ببدل وقد أشار إليه الإمام الإسبيجابي بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا آجر ملكه فكذا يملك حكما بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الإمام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي

قال المصنف (قال والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول قال العلامة الإتقاني قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الإسقاط فإن لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه إسقاطا فصححناه إسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعته ما دام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفي في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الإتقاني من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة فكذلك لا يملك تمليكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح ألا ترى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعي على شيء لم يصر به مقرا حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى

واذا صالح عن جناية العمد أو الخطا صح أما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة واداء أي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شئ من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه واداء اليه باحسان أي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) اشارة الى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي

والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جنايه العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا أن عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتأمل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا ولبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسألة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات

واذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك أبدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا فالجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن أي لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده

(قوله فمن أعطى له الخ) أقول من حينئذ كناية عن الولي (قوله فمن عفي عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم الى قوله وان لم يصلح صداقا) أقول لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الديه

وان كان الثانى كما لو صالح على خمر فانه لايجب عليه شئ لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيين ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لايجب شئ فكذا فى ذكر الخمر (وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين) أى فى فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لانه الموجب الاصلى) فى النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وموضعه أصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كالو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شئ لم يجب شئ وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل فى اطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جناية العمد (الجناية فى النفس وما دونها وهذا) أى الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يتملك وذلك ليس بحق فى المحل قبل التملك) فأخذ البدل أخذ مال فى مقابلة ما ليس بشئ ثابت فى المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له فى المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

ولو صالح على خمر لايجب شئ لانه لايجب بمطلق العفو وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لانه الموجب الاصلى ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل فى اطلاق جواب الكتاب الجناية فى النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق فى المحل قبل التملك أما القصاص فملك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لايجب المال بالصلح عنه غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ما عرف فى موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال فى التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتى الجنس وان كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح فى شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أى لا يقال كل ما يصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح فى جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد فى صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا

(٥ - تكمله سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعنى اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شئ من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبى حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفى الصلح من رواية أبى سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثانى وهو جناية الخطا فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه اما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا والاول اما أن يكون منفردا أو منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور فى الكتاب لايصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعى لايبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعى فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لايقابله مال ولكنه أشبه النكاح فى تقومه بالعقد فجاز بأى مقدار تراضيا عليه كالتسمية فى النكاح وان كان منضما الى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطا الدية ومابقى فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقى لصاحب الدنانير والثانى كما اذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لايكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضى بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتى بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء فى الابل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا النقل (فكان مايعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين) ولو قضى القاضى بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا

قال (ولايجوز عن دعوى حد) الاصل فى هذا ان الاعتياض عن حق الغير لايجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن

وأما الثانى وهو جناية الخطا فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لاتصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية أما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لايكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ماتعين قال (ولايجوز عن دعوى حد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولايجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لايجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لاحقها وكذا لايجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل فى

فكذا بدلا فى الصلح ولو صالحه على ذلك أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح انتهى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح ينافى قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولاملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا ينتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح فى تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لئلا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية ولايتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولاهو ملتزم لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس شرع المسائل ان ماصلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومالا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح ويصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله ومالا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لامخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لافساد فى التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس فى الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا فى النكاح وهذا أمر لاسترة به (قوله وأما الثانى وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شئ وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس مااستحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسيأتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين ولايخفى أن الصلح عن جناية الخطا اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضى بأحدها بعينه أو كان على جنس ماقضى القاضى به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثانى كما اذا صالح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ماسبق بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لايجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفى فى الكافى بخلاف ماذا كان الى طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفى الكافى بدل قوله لانه حق العامة لان الحق فى الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قوبل بغير النافذة

كرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها و جحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز ان انفرادوا احدمنهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسقط حقه و يتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم

ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين و يضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه و بذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان

الطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه و بين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) لمانع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن ما تيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه و بين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز) لانه اقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست داخلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا و) تحقيق (هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز وأجيب بأن المكاتب حر يدا واكتسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة وكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة وقالا يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أولا ولكن القبض شرط وان كانت باعيانها لئلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند أبي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز) ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا أمكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول صاحب

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله له راجع الى الولي قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابى حنيفة طريقان أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك مالم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب أو العبد ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثانى أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل فى الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورة بالا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك اشارة الا أن المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الا كثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبان البدل جعل فى مقابلة الدية لانه لا وجه لجعله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل أبى حنيفة بأنه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضى قيام مال متقوم حقيقة (قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا أو يسعى العبد

ولابى حنيفة ان حقه فى الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الا كثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة ولا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فاذا حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هى مستقلة فى مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة فى مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسك أو قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها ما دامت فى مجلسها ذلك فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط فى استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق فى قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور فى القيميات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور فى المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب فى ذمة

(قوله وفى كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو فى المثليات) أقول وفى الكافى أو حقه فى الاصل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ماصالح عنه الا أن يضمنه

الغاصب حقا المالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات أيضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يقصح عما قلنا ماذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك اشارة الى أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لان المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيأ بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المدعى بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدي الاشارة الى أمر أجنبي عن الصدد نفعا كما لا يخفى

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في العمل لغيره متبرع واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما دخل بالتوكيل به أيضا فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فسلم ماذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقي شئ وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ماصالح عنه أي عمن وكل في رواية المصنف وروى غيره ماصالح عليه وهو المصالح عليه الا أن يضمنه

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ماصالح عنه) أقول أي عمن وكل فالعائد الى اسم الموصول محذوف أي ماصالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أي على الموكل كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام ههنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها الان اللام في فلها هنالك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هنالك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذى ذكره من التأويل لا يكفى لتأويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفى لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كأنه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعى وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوى والتحفة على الطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم

(قوله وهو ان يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح في المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها راجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولى عند الصلح على مال اما أن قرن بذكر المال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثانى اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثانى والثانى اما أن يشير الى المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثانى هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى حكم المعرف غير المسلم وهو الذى ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفى حق البراءة الاجنبى والخصم سواء لان المسقط يتلاشى ومثله لا يختص بأحد فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولى بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذى فى يده يعنى فى ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق فى هذا أى فى أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان فى زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغى ان يصير المصالح مشتريا ما فى ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مالكه صحيح وان كان فى يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور فى المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحنى على ألف ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعى عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر فى الكتاب ذكره فى الذخيرة وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى الشرح والله أعلم

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها هو والاجنبى سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذى فى يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيأ سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا فى حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله والله اعلم بالصواب

﴿باب الصلح فى الدين﴾

أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

﴿باب الصلح فى الدين﴾

﴿باب الصلح فى الدين﴾

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم

(قوله فصلح أن يكون أصيلا فى هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول فى هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول يعنى فلانا الاول ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش

﴿باب الصلح فى الدين﴾

(وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز

(قوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به فى كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شئ قط وعن هذا قال فى الوقاية وحمله على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عما فى الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة فى عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغى أن يزاد فى لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والبخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله فى رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة فى المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذى ذكره بقوله ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهى غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثانى فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يفضى الى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا فما بالهم حملوا الصلح فى مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شئ وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقى) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم) جياد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذى فيه معنى الاسقاط لان فى جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقى كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة

فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف فى الديون فى مسائل الصلح لايخرج عن أحد هذين الوجهين وفى ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فانه لايمكن حمله على الاسقاط (لان المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لامحالة فيكون خمسمائة فى مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التعجيل فى مقابلة الباقى وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضى الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا لان حرمة ربا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فلحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما فى العكس وان كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قيل اذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم ٢ بخية نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض فى المجلس) وحاصله أن الجودة اذا وقعت فى مقابلة مال كان ربا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وأما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردىء فيه سواء بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة) ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقى) ان كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد الفطرة أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء قيل معناه فقبل فهو برىء فى الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برىء عن الباقى فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لايعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة و بيع الدراهم بالدنانير نسيئة لايجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهى زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة و زيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض فى المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقى فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لايعود عليه) لانه ابراء مطلق

فى المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل فى الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو برىء فى الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برىء من الباقى انتهى (أقول) لايذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف يأبى المعنى الثانى و يناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضى تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثانى أيضا بأنه لاشك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تتحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لاتقبله

(قوله فيحمل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما فى العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو برىء قيل معناه فقبل الخ) أقول فالفعل مجاز عن التزامه فى الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول و يدل عليه ما سيذكره فى الفرق بين التعليق والتقييد

٢ بخية بتشديد الخاء والباء نسبة الى بخ أمير ضرب بها وانظر اللسان كتبه مصححه

ألاترى انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على والاداء لايصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن فجرى وجوده أى وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقى الابراء مطلقا وهو لايعود كما اذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدى غدا خمسمائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أى عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلى وموضعه أصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ بأداء خمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منع ماقول بموجب العلة أى سلمنا أنه لايصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لاينافى أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أولانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين امالوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا لابراء الباقى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا

ألاترى انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهى للمعاوضة والاداء لايصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقى الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة فى الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أولانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله ألاترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهى للمعاوضة) قلت الباء فى بكلمة على فى قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما فى قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التى للمعاوضة فلا حاجة الى ماتمحل به بعض الفضلاء فى توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أى فى المعنى والافى اللفظ دخل كلمة على فى الابراء دون الاداء انتهى فكأنه حمل الباء على الالصاق فأخذ منه الدخول فى الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لايصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية فى شرحه والاداء لايصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ لم يكن حيث قال فيه شئ بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشئ لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شئ فى جانب الدائن والبراءة انما تستفاد فى جانب المديون وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد فى جانب الدائن شئ لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعنى ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين امالوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثانى لايكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولايخفى أن كون مثل هذا الشرط فى الصلح متعارفا لايجدى مناسبة بين ماوضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط فى معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثانى علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام فى كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لايتصور الابكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ماذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهى على) أقول أى فى المعنى والافى اللفظ دخل كلمة على فى الابراء دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شئ) أقول فيه شئ بل يستفاد به البراءة والاظهر لم يستفد بشئ ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه فى كل وقت (قوله فجرى وجوده أى وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعنى ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثانى بدون الاول والاقرب أن يجعل عطفا على قوله تصحيحا لتصرفه

(قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل اذا أديت أو متى أديت أو ان أديت الى خمسمائة فأنت برىء من الباقى باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان فى التقييد به الحكم ثابت فى الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفى التعليق به الحكم غير ثابت فى الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه فى ذلك ان فى الابراء معنى الاسقاط والتمليك أما الاول فلانه لا تتوقف صحته على القبول كما فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وأما الثانى فلانه يرتد بالرد كما فى سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما فى الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداءة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرت لك فى هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية فى حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين فى تعليق الابراء بأداء البعض لا يخلو اما أن بدأ بالاداء أو لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أو لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما أن بدأ بالابراء أو لا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما فى الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثانى اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة

المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما فى الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما فى الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذى مسكة ان جعل قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء انما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية فى شرح قوله كما فى الحوالة يعنى ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافى فى تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعنى انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما فى الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعنى أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشىء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشىء بالشرط وليس بأصل مستقل فى الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما فى الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أى وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين فى تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن بدأ بالاداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقى على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثانى وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما أن بدأ بالابراء أم لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثانى) أقول فان قيل لم يبدأ فى الوجه الثانى بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبنى على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتامل

من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لانه أطلق الابراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أد الى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يؤقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو قال اذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراآت بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به

اما أن بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان البدء في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل معناه أد الى غدا خمسمائة من الالف وأنت برىء من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بأن بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبأن يقال ليس المراد بالبدء بالاداء في وجه الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع بدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا الجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا أنه

ثم بذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يؤقت للاداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك على حتى تؤخره عني أو تحط عني بعضه ففعل) أي أخر أو حط (جاز عليه) أي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان أخر وأبدا ان حط (لانه ليس بمكره) لتمكنه من اقامة البينة أو التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئ فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله قسما منه بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابراء لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشي والله أعلم

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريكين الخ) اذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيأ فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ قال (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هنالك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هنالك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هنالك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلقائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيأ من الدين مخالفا لاخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض أحد الشريكين في الدين شيأ من الدين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره وجهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريكين في كل شئ وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو أسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه الخ) أقول اشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اهـ والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ منه نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اهـ فتأمل في الترجيح

وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب

لان

ويجوز أنه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والأحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اهـ

قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها

لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذى يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعاه صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا فى قدر الثمن وصفقته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشترى أن يقبل البيع فى نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه لان بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو فى بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال (اذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالح على شئ ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقى على الغريم لانهما لما اشتركا فى المقبوض لابد من بقاء الباقى على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان فى صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا اى من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو ألزمناه فى الصلح بضمين ربع الدين البتة تضرر فخير القابض كما ذكرنا من قوله الا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب فى صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان بعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض

لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا فنقول فى مسئلة الكتاب له أن يتبع الذى عليه الاصل لان نصيبه باق فى ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء أخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه فى ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقى) لانهما لما اشتركا فى المقبوض لابد أن يبقى الباقى على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لانه ملكه بعقده.

لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض فى المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف فى الثمرة والولد بغير اذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا أنه مناف لما تقرر آنفا من أن لصاحبه حق المشاركة فى المقبوض لانه لما قال فى تعليله لان العين غير الدين علم منه انما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة فى المقبوض الذى ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم ان هذا يخالف لما ذكر فى شرح الاقطع فى تعليل قوله وان شاء أخذ نصف الثوب فى جواب مسئلة الكتاب بأن قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه فى الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه أحد الشريكين فى الدين بدلا من حقيهما معا لا من حق

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا أما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك ولا تتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا يخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيأ منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو رجحنا ما من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

كونه

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

ثم اذا مات المحال عليه مفلسا بان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريكين دين لغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن أولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء مؤقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كما وجهه فيما يتحصل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يتحصل فيه ذلك أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بوجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ماذكرتم وانما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدمي فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة عما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض) لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عماله في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان للشريك أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ماعليه فانه خلاف باطل (أقول) فيه نظر لانه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شئ وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم الا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع الى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الابراء عن نصيبه يستلزم تمييز الدين في ذمته قبل الابراء والا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الابراء لم يحتج الى ذلك التطويل (قوله لزم ماذكرتم) اقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا النصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن

وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لا امتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز والابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة الابراء أيضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزمها في صورة الابراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو جرح الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا للشئ انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجئ انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجئ في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا للشئ اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا ماله بل قد لزم العاقلة فأين ما أراده مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدى كأحدهم على ما يجئ في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا للشئ اذ قد كان مقتضيا بقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا للشئ لزم أن لا يرجع شريكه

يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيأ مضمونا بقبول الشركة فانه ملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا هو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيه بقصاصه للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيأ قابلا للشركة بل أتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمد الانه في الخطا يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وأرى انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشئ قال (واذا كان السلم بين شريكين الخ) اذا أسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال عليه مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل

(قوله فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجئ

وقال أبو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا (وعما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع أن هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولأبي حنيفة ومحمد وجهان أحدهما أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد لم يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي

مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا انما هو (اذا خلطا رأس المال) وعقدا عقد السلم وأما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق أن محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلأن قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الأول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

(قوله رجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول القائل هو الخبازي نقلا عن الاوضح

﴿ فصل في التخارج ﴾ التخارج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى أحد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر في أثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال (واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر وقيد بذلك لانها الخ كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله ابراء لان الابراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع أجيب بأن الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لا منافاته عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيأ واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار الى

﴿ فصل في التخارج ﴾ (واذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا) لانه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار

أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضا فيما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان الاقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

﴿ فصل في التخارج ﴾ التخارج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما أخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال يتخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن ابن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير الا أن شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد الالف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

﴿ فصل في التخارج ﴾ (قوله ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الضمير في قوله صالحوها راجع الى احدى نساء (قوله وهي تماضر الى قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض فى المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها فى يده يكتفى بذلك القبض أى القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل فى ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس ثم أما اذا كان الذى فى يده بقيتها مقرا فانه لابد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما اعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء أيضا لما مر ولابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق أما اذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقابض فى المجلس أولا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما فى البيع لكن لابد من القبض فى المجلس لكونه صرفا قال (واذا كان فى التركة دين على الناس الخ) واذا كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل فى الدين والعين جميعا اما فى الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما فى العين فلاتحاد الصفقة والحيلة فى الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف غير أن الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف فى هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان فى التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان فى التركة دين على الناس فأدخلوه فى الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر فى جملة الشروح ههنا غير أنه ذكر فى سائر الشروح أنه ذكر فى كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلابد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

قال المصنف (واذا كان فى التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكاكى أى فى الكل فى العين والدين اما فى الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما فى العين فلاتحاد الصفقة وفى مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضا على أبى يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة فى شعير أو زيت حيث قالا يصح فى حصة الزيت ويفسد فى حصة الشعير وههنا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفى الكافى قيل هذا عنده أبى حنيفة وأما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى فظهر مما فى الكافى جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتأمل ثم ان عبارة المصالح فى قول المصنف على ان يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه و يصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

اذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خلية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي أيضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجويزه بذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما مر جوابه وقدمر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح على الاقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قدمر في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هنالك فكيف يصح ههنا قلت قد مر أيضا في الشروح هنالك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هنالك وجه ظاهر الرواية أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظير كما لا يخفى وقال الحاكم أبو الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة و يفدي به يمينه فلا يتمكن الربا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصادق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصادق أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيخان إشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ أيضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن أعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما مر جوابه فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصادق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا على عدم امكان تصحيحه أصلا في حالة التصادق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه و يصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء

قال المصنف (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول قال في الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل (قوله وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول فيه بحث

ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة

ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل

(وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبي جعفر يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست معتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعا) اذ لا يصح أن يكون ابراء (لان المصالح عنه عين) والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست مفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فانه لا احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا أو غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة والله أعلم

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح أنه يجوز لانه لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا الحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر التساوي في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكأن صاحب الكافي تنبه أيضا لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفا اذ فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل فيه شبهة الشبهة وليست معتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذ لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره يحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا الا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ألا ترى الى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهته تأمل تقف ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعدما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل أصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاستقلال احداهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراهما قوله في أول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا وأما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن

ايضا

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث

﴿كتاب المضاربة﴾

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفى وأما ثانيا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب فى هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل فى هذه المسئلة هكذا وفى صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور فى هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هى منحصرة فى الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر فى الكتب المعتبرة عامة

﴿كتاب المضاربة﴾

قدم وجه المناسبة فى أول كتاب الاقرار والمضاربة فى اللغة مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى الذين يسافرون فى الارض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا طلبا للربح وفى الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى فى الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه هى فى الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه و يكون الربح بينهما على ما شرطا (أقول) فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة فى الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بألفاظ تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا و يقول المضارب قبلت أو ما يؤدى هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر فى أثناء المسائل قال فى العناية وشروطها نوعان صحيحة وهى ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد فى نفسها و يبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك اه (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضا نوعان نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد فى نفسه و يبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا فى النهاية وسيأتى التصريح به فى الكتاب أيضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة فى النوع الثانى منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه فى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل فى النهاية قال فى العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلأن حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه فى كثير من المعتبرات حتى المتون ألا ترى الى ما قال فى الوقاية وهى ايداع أولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلأنه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا ثبت بها أولا على ما صرح به فى عامة الكتب وقال فى الكافى والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتى وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذى يثبت بما ينافيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا أن يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا أنهما يصلحان أن يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما فى أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكره فى قرانهما من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففى أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم

﴿كتاب المضاربة﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وسمى هذا العقد بها

﴿كتاب المضاربة﴾

لان المضارب يسير في الارض غالبا طالبا للربح) قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على ان ما رزق الله كذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابدائه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان اجماعا قال (ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

بأمر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيماذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح اى لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أى بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها ثم الا ان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلوسا رائجة عند محمد وعامرا اها الا تحرز وقد تقدم في كتاب الشركة

للمضاربة الفاسدة أيضا في الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضا فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيأ اه (أقول) ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانها في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولا لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرح من انه وكيل عند الدفع فليتامل

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلامانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لاتصح المضاربة لان عند أبى حنيفة رحمه الله لايصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض

كما فى الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعى المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لايخل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلامانع من الصحة) قال صاحب النهاية فى بيان التعليل أى لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان فى المستقبل فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان فى المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء اه واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجازة بالزاى (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن المضاربة مالم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر فى الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة فى الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لاتشتمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها فى تعليل صحة عقد المضاربة فى الصورة المزبورة وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية فى كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لازوج والثانى زوج لافرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعا فى كثير من الاحكام منها ان الوكيل لايستحق الربح ولايشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولايستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلأن الوكالة والاجارة لايحتملان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على انها حكم من أحكام المضاربة ولاشك ان حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لاركن داخل فيه وأما الاجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ماذكره البعض وشئ مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لاتصلح الجزئية منها فحديث الجزئية فى تمشية التعليل المزبور مما لاوجه له ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه فى تمشية ذلك تقرير صاحب الكافى حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان فى المستقبل يجوز لانه وكالة أووديعة أواجارة وليس فى شئ من ذلك مايمنع صحة الاضافة الى زمان فى المستقبل اه ثم فيه أيضا شئ مامر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لافى حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة فى تعليل صحتها فى الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس فى عقد المضاربة مايمنع عن الاضافة الى زمان فى المستقبل لافى حال صحته ولابعد فساده فتأمل ثم أقول بقى لى بحث قوى فى هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا فى محله بأن مالايصح اضافته الى زمان فى المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان فى المستقبل فقد وجد فى المضاربة مايمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغى أن لايصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذلاريب ان ارتفاع منع أمور لايجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبى حنيفة رحمه الله لايصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشترى والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لايصح كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر أن يقال

من حيث انه توكيل واجارة يعنى أنه مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء والاجازة بالزاى وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان فى المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لايجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج أما عند أبى حنيفة فلان هذا التوكيل لايصح على مامر فى البيوع أى فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشترى للمشترى والدين بحاله واذا كان المشترى للمشترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لايصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لايجوز

(قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق فى كتاب الوكالة ان الأصل فى المضاربة العموم وفى الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله واذا لم يصح كان المشترى للمشترى) أقول والاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشئ مناف له واذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما اذا ثبت الوجود انتفى العدم ثم فسر ذلك بقوله (فان شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يتجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد مر منا ان حديث كون الوكالة جزأ من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزأ منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير الى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح الى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على ما شرطا كالنصف والثلث فله أي فللعامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين أحدهما ان المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المختلفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي أن الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة

لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لانه) أي رب المال بالعقد (ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لانه نماء ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغا ما بلغ (كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه أجير وأجرة الاجير تجب بتسليم المنافع) كما في أجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما في الاجير المشترك (وقد وجد) ذلك

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه اشارة الى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول في القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهري ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لاحدهما من الثلث والنصف اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لايجب) له شيء اذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فانه فيما اذا لم يربح لا يستحق شيأ (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحيحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الوحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح أنه لا ضمان على قول الكل لانه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأصل جلي

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها) فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضا بقوله ولانه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا وأما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما صرحوا به (قوله ولانه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجر يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول وأسند للفاعل اذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء ملأته وقد أسند الى الفاعل لان السيل هو المالئ لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا الا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتأمل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى فليتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه تأمل

قلنا (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما اذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والارض وكانت حصة (العمل) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل المضارب فيه اه ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد في قولهما لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعي الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجر الاكثر من واحد بخلاف أجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله وان أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فمسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شئ واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب) قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

على رب المال) أو عليهما والوضيعة اسم جزء هالك من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشئ عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تفضي الى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العلة افسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والارض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين انه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام نفسه وان كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر

قال (ولابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب الخ) لابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف أو عمل لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من الخلاص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع الخلاص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقدا أو غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أولا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة والله اعلم قال (واذا صحت المضاربة مطلقة الخ) المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة أيضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنع التجار

قال (ولابد أن يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه) لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله انه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لانه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا أنه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار اليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بأن لا تكون مقيدة بزمان

(ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها (بخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونه فيتضمنهما أو بخلاف الإقراض فإنه لا يملك به وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

يعني قوله اعمل برأيك فإن قيل إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة العدم أجيب بأن كلا من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها لتوفير ما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره

على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره

ولا مكان (أقول) هذا تقصير منهم جدا لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المذكورة على الدليل

(قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لأن الثابت بالإذن المذكور فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الأصلية ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجيء فليتأمل (قوله أجيب بأن كلا من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها) أقول الأظهر فلا يترجح أحدهما بالأخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر

فان خرج بها الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتر ورده الى البلد الذى عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج (واذا اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذى عينه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء فى يده بالعقد السابق وأما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه فى ذلك القدر والباقى على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفى ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء) يعنى فى الجامع الصغير (للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى فقال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبنى على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثانى كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكالنهى عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه

المذكور فى الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه فى الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر فى بعض الشروح من أن الكلام فى التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلأن الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلأنه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتى من ان شرط الشراء فى رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالحق فى الجواب أن يكتفى بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذى عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شئ (قوله الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه) قال فى معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر فى الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع

(قوله وغيره) أقول أى غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أى من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة) أقول جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله ثمن النسيئة خبر كان

البلدان أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما لأنه إذا شرط الحفظ على المودع في محل ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الأسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولا يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي بهذه الألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرر وورد على هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذه تعمل به في الكوفة بجزم وما ومرفوعا وكلام المصنف يحتملهما أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطي معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به بحيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن ههنا الباء للإلصاق ويقتضي الإلصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فجعل مشورة كأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع فإن قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أد إلي ألفا وأنت حر

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لزفر لأنه مخالفة بالخير اهـ (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيه شيء وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فإن قيل لماذا لم تجعل الواو للحال كما في قوله أد إلي ألفا وأنت حر قلنا لأنه غير صالح للحال

(قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا (قوله وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به) أقول إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والتنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما أن يكون في المال ربح أولا فان كان لم يجز له أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه) لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر

وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم
لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما إذا
ورثه مع غيره كامرأة اشترت زوجها ... فمات وتركت زوجا وأخا فعتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها لعدم الصنع منه ويسعى
العبد في قيمة نصيبه منه ... لانه احتبست مالية العبد عنده
... وان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف
ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه ولم يضمن المضارب شيئا وقيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة أن الضمان انما هو بسبب دعوة
المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار ... والجواب أن

يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل واحد منها يساوي رأس المال كما اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي ألفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين أحدهما أن المضاربة كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثاني أن المضارب اذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال لان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة وان اعتبر اجتهاد المعتبر ربحه بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حدة ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولا واحدا وعندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيأ) لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الرواية قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينه في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح الحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تحسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية أن الجمل الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بانه لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا شيأ فهو أيضا غافل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي موسر) قال الشراح وانما قيد بقوله

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف شرطه لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك وأما ما نحن فيه فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيأ لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا وأصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه وان شاء أعتق لكونه قابلا للعتق

فان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعي الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على

(قوله وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة أن الدفع قبل العمل ايداع

الولد من السعاية من جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أولى اه واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا ان جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد أرجح فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا أرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى أبدا فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبدا واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعا ألا ترى ان الثاني أبدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

(باب المضارب يضارب) مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فان ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع

قطعا

وبعده ابضاع والفعلان علكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالوخلطه بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتاهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه (قوله ثم ذكر في الكتاب) يعني القدوري (يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني) في هذه المسئلة (باجماع أصحابنا (و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لابد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

وبعده ابضاع والفعلان علكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله وبعده ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي ينافي الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه المروي عن أبي حنيفة ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بيناه من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها ان المضارب وكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج الدراية أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه بهذا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يجر من المصنف الى الآن شئ يشعر بضمان الثاني أيضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشأن اسم الاشارة أن يشار به الى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما ان الثاني هل يضمن أيضا أم لا فبينه بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمعزل عنه (قوله لانه ملكه بالضمان

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال المصنف (وبعده ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي

من حيث خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاول لان الاسفل يستحقه بعمل ولا خبث فى العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثانى وربح فان كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثانى مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثانى فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثانى واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثانى الثلث والباقى بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شئ فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثانى النصف والباقى بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلى نصفه أو قال فما كان من فضل فبينى وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثانى الى جميع نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وان شرط للمضارب الثانى ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ويضمن المضارب الاول للثانى سدس الربح فى ماله) لانه شرط للثانى شيأ هو مستحق لرب المال فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما فى عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره فى ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

من حيث خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند أبى حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبى حنيفة لكونه المذكور فى الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغى أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل فى التوجيه

من وقت المخالفة الدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول بالعقد) أى بسببه (لانه عامل له) أى للمضارب الاول (كما فى المودع) اعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعنى أن المضارب الثانى عامل لنفسه من حيث شركته فى الربح وعامل لغيره من حيث انه فى [illegible] وعامل للمرجع وهو المسمى بالمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قد قال هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض حينئذ (ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد) فان الاول قد غره والثانى اعتمد قوله فى ضمن عقد المضاربة والمغرور فى ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاول لان الثانى يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث) لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أى للمضارب الاول والثانى الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيأ فقد باشر العقدين ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره فى ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن فى ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه

(فصل

(قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والمجيب هو الاتقانى (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أى عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن اللام للمنفعة

(فصل) لما كان المضارب بعد انعقاد عقد المضاربة أورب المال حكم غير ماذكر ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحترازعن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد عاذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف وأما اذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ماشرطا سواء كان على العبد دين أولم يكن (لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا) أي ولان للعبد يدا معتبرة

(فصل) (وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ماعرف والله أعلم

(فصل) (قوله وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك أيضا ونقل عن الذخيرة والمغني تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لاخلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل

(لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني اذا كان مديونا على ماسيجيء (واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على مامر واذا صحت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

(فصل وإذا شرط المضارب) قال المصنف (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال الكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لانه لاخلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فانه اذا شرط ذلك للاجنبي) أقول عبدا أو حرا ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لانه لاخلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه وروده على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لاخلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفي غيره لاخلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيأ ان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحترازية قوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ألا ترى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندي ولقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ أي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذا من النهاية ورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) اذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ماتقدم وموت الموكل تبطل الوكالة ورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعدما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ (قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول قال الاتقاني فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد وقد صرح في باب عزل الوكيل

والوكالة

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملته ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا لصيرورته أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاقه فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلأنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا فلأنه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليلها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلأنه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا للورثة فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة اهـ ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم

واذا ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة حتى صح توكيله ويتوقف تصرف المرتد لنفسه اى حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلق حقهم

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيأ آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

قوله وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أى هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أى لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة اه واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان

بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته فيما يقتسم في الموت واما قبله فيتوقف تصرف المضاربة بخلاف ما يفعله في العروض أما بيع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم الردة يتوقف بردته لانه زال ملكه لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي قبلها والعهدة عليه ويرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينض أى يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيأ لا يجوز أن يشتري بالثمن شيأ آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذي ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب فله أن يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

أو على هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته فاذا كان كذلك فانى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به فى المعتبرات قال فى البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته فى الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثانى وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله فى تعليله ولا توقف فى ملك رب المال اذلا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف فى ملك رب المال عند أبى حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف فى ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلابد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول فى التعليل ويشير اليه زيادة الشراح قيد فى قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا اذلا شك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ فلابد أن يكون المراد بالوفاق فى بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ونحوها) وفى بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها فكلمة هذا فى قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعنى لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث فى قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض فى حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها اما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير فى ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغى أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكره ذاصريحا فى تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلانه قد أدرج الموت فى بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها اما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما فى قوله * كما شرقت صدر القناة من الدم * فعلى هذا يقال بجر الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر فى مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى فى بيع العروض وفى بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانه نحو العروض فى ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمى كالقصدى فى حق المضارب ففى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمى لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها) أقول الضمير فى قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف اليه وفيه شئ

وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب أجيب بأنا لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل واعتبر ذلك لان أحل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البياع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعا أو شراء فانهما (يجبران على التقاضي لانهما يعملان (٧/٨) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستيفاء ثمنه لا يخلو عن فساد لانه اذا استؤجر على شراء شئ فقد استؤجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شئ ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقتسماه ترادا لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

﴿فصل فيما يفعله المضارب الخ﴾ ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان بأجرة عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر ﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾

الآن حصحص الحق والعجب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو يجري على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾ قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذكر الفصل ههنا بل كان ينبغي

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات

﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾

قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو ساكت عنه وله أن يستكريها أي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا للعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح أو بعرضية ذلك الا أن الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له أن يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا أخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته وأما عند أبي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قالاه وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة وهو ظاهر

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير

أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله الا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيأ في دفع ما ذكره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكر في أول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة أولى وقد قال أولا ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة اعادة جنس أفعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر ههنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة فتأمل (قوله لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة

(قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول ايضاح آخر لقوله لان له الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له أن يشتري

فى هذا الرجل برأيك فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفتجة لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبى يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب ألا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانها اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء

أيضا فى المدعى كما ترى (قوله فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أوكلا وبه صرح فى الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر فى بيان ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيأ من مال المضاربة فان منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيأ من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض ألا ترى انه لو قال فان دفع ما أخذه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضى أن يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافى فلما رأى لفظ المصنف موهما الاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة أوشيأ منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهى مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر فى مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال فى مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا فى هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا فى مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل فى ملك نفسه ولقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فان المرء فيما يعمل فى ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى

قال (ولا يزوج عبدا أولا أمة من مال المضاربة) لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الامة لانه من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم

قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال الخ) فان دفع الى رب المال شيأ من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا أن الواجب شرط التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبى فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء

(قوله اذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أولا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيأ من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضا لا يعمل فيها فهذا أولى قال (واذا عمل المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيأ للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شئ منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شئ من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه بعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار مما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشيا في حوائجه) أقول أي بنفسه

ش (وان ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب اذا أنفق من مال المضاربة ثم ربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال لأن ذلك استيفاء كل ما بقي بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحتسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين قال كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال وهذا المال لا ينتظمه كما مر وانما ذكر هذا بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند أبي حنيفة لأن الصبغ (٨٣) عين قائم بالثوب فكان شريكا بماله في مال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا

قال (وان ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولأن الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما يخص حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه ويترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشيء لأنه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيد الثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على مازعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مار كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا يجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط و بالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اهـ كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بأن الكلام في مضارب قيل غير
له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط و بالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الالوان كالحمرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره (قوله لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول جعله ناظرا الى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

﴿فصل آخر﴾ قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى به جارية قيمتها ألفان ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعتا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذى ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه فى الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على ألفين) لانه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة

غير مأذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضى اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه مأذونا فاذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذى أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذى ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام فى نفسه اذ لا يرى وجه يقتضى أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما فى فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا فى فعله هذا وغير مأذون ثم أقول الصواب عندى فى دفع ما قيل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ونمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب فى مال المضاربة وحده بل يعم التصرف فى مال المضاربة منفردا أو منضما الى غيره بماله سعة فى التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرر فى بيان النوع الثانى من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

﴿فصل آخر﴾ لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

﴿فصل آخر﴾ هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها فى فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لان المضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام رحمه الله فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فاذا باعها بألفين ظهرت حصة المضارب وهى خمسمائة فاذا اشترى بالجارية بألفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقى على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال فى ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغاير المقاصد) لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستفد به ألفا لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه بيع ماله بماله

﴿فصل آخر﴾ (قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أى عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العبد بالوحدة احترازا عما اذا كان عبدين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاختصاص كل منهما بالفداء بما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع (بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمنا فيه وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوته يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الالف المدفوع

ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدقد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ ارجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى انتهى (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المغصوب صريح فى اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان فى صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب فى صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بالف أخرى انما هو الضرر الضرورى الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا فى مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلكت فى يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شئ من رأس المال حتى يلحق الهالك به فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر أن جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار فى هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور فى الكتاب قال فى النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبى ثلاثة أوجه فى الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر فى الكتاب والثانى أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف فى كل مرة لرب المال فيرجع عليه فى كل مرة انتهى (أقول) فى كل واحد من تلك الاوجه الثلاثة نظر أما فى الاول فلما عرفته آنفا وأما فى الثانى والثالث فلان كل واحد منهما يقتضى أن لا يرجع الوكيل على الموكل فى مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه فى المرة الاولى فى تلك الصورة أما اقتضاء الثانى ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع فى المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية تحوج الى الفرق بينهما وقوله (ثم فى الوكالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع فى الاول ويصير به مستوفيا وفى الثانى لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجرى بينهما مبادلة حكمية كما تقدم

﴿فصل في الاختلاف﴾ أخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيدك بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله بمقابلة الربح أو شرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك

﴿فصل في الاختلاف﴾ قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لانه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر

الاولى أيضا لعلة مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضا رد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانيا والثالث على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف ثم أقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل بحيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتامل

﴿فصل في الاختلاف﴾ أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الاول ثم أقرضه اه وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر

قالوا اقترح شيأ نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

(قوله لان المضارب يدعي عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان أقاماها الانها تثبت الضمان واذا كان فى العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما اذا أنكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا أنكر العموم لانه يجوز انكاره ذلك نهيا له عن العموم وله أنه ينتهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) واعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفى وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

ولو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال الآخر ما سميت لى تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تملك الربح حيث قال أى تملك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال فى هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل فى دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك فى الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هنالك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع فى الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففى نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الائمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا يحتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما فى بينة الخارج مع بينة ذى اليد فكان هذا مما يتأمل فى صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفى وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثانى وجهى الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذى ادعاه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب فى الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة فى مسئلتنا هذه لا لانه ليس بمدع شيأ بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية فى استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال (أقول) يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ شيأ من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضر منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب أماتوا مصدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وان التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالوا والمال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضا شيء لان

كتاب الوديعة

والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة لا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا ومشروعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

محصول

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه ومن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شيء جارلها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه ومن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

ومحصول ذلك ان معنى الايداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيأ أو دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قالا أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول مخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جاز حمل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا انه أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب فألقته فى بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين اه (أقول) قد كان لاح لى ماذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة فى يد المودع اذا التسليط على الحفظ أمر معنوى لا يمكن أن يكون فى يد المودع ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازى فلا ينافى هذا أن تكون الوديعة فى الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لابد من المصير اليه تصحيحا للكلمات ثقات الناظرين فى هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال فى النهاية والكفاية فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هو الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد وقال فى غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقى ههنا شئ وهو ان ماذكره الشراح ههنا من ان الامانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد فى الوديعة دون الامانة مخالف لما صرح به فى أواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فألقت ثوبا فى دار انسان وأما مجرد ماذكره المصنف هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضى المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردرى كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده أى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يستصحب استعماله فى جميع الصور التى لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة فى الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم تضمن لكون الثانى مستدركا ورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعرى أى علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس كأسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من أعلام الاجناس التى ذكروها فى كتب النحو وبينوا دخولها فى تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فمن أتقن مباحث ذلك فى محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شئ وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضى عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على ذلك وهو أنه أى المودع (لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته) لاستحالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به

فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره و) الحال أن (الايدى تختلف فى الامانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغى أن يملك ايداع الوديعة أيضا وجوابه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب فى مظانه أو لا بأس بذكره ههنا بعينه وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك (٩١) (والوضع فى حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا اذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله الا أن يقع فى داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفى الضمان لكنه متهم فى دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال فى المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعنى بلا بينة قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدى هو الذى يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط النافى للتمييز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبى حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولأبى حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهى من أحكام الشركة

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع فى حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ فى هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتى فى الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضى سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة) أقول فيه أيضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من فى عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله فى نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع فى شرح القدورى للامام الزاهدى حيث قال لان الايدى تختلف فى الامانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه‍ (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لما بينا من القول عنه (ولو أبرأ المالك) الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط
وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتتعين الشركة في المخلوط) (ان خلط المائع بغير جنسه كخلط الخل) بالماء
والماء ونحوه ودهن الجوز بزيت الزيتون) صار مستهلكا عند أبي حنيفة (يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك
صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا
القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك
كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وان
خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل (اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده كما مر في الرضاع) اذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم
عليها بالاذابة لصيرورته مائعا بالاذابة (وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صار شريكين لانه لم يصنع شيئا
يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على
الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض بالخلط لا يقال فاجعل الرد قضاء
لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير حضور من صاحبه (٩٢) ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقي منه لبقاء الحفظ فيه ولان ما أنفق

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما
لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق
المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد
شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم عليها بالاذابة
لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان
فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد
مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال
(واذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم
أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد
ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

لم يتعيب الباقي فان هذا
مما لا يضره التبعيض اذ
الكلام فيه وان أخذ ولم
ينفق ثم رده الى موضعه
فهلكت فلا ضمان عليه
لان أخذه لم يناف الحفظ
ومجرد النية لا يصير ضامنا
كما لو نوى أن يغصب مال
انسان ولم يفعل قال (واذا
تعدى المودع في الوديعة
الخ) واذا تعدى المودع في
الوديعة فركب الدابة أو
لبس الثوب أو استخدم
العبد أو أودعها عند غيره ثم
أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار من
ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن
الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة
ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى
ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من
الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان
الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا تنافيه ألا ترى أن الامر
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا
لقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم
تفرده) أقول قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن
يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ فى بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم عاد الى الحفظ فى الباقى فانه ترك الحفظ فى بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعترض بأن هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم فى الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم فى الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ فى المدة والمنفعة تحدث شيأ فشيأ فبترك الحفظ فى بعض المدة يبطل العقد فى ذلك القدر و يكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا فى الحفظ بغير بدل وقوله (فحصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو جحدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبى يوسف) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتى عندك فقال ليس لك عندى وديعة (خلافا لزفر) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور

فى المبسوط وانما ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة ووجه قول أبى يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها فى أهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند أبى يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين أى سواء كان لها حمل ومؤنة أولا لابى حنيفة اطلاق الامر لان الآمر أمره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضى الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أى ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصى المسافرة بمال الصبى فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصى بمال الصبى للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح فى الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبى نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان فى السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف

كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة و جحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبى يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبى حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين لابى حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصى فى مال الصبى

من موجبات الشركة قطعا اذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين فى شئ قسمة ذلك الشئ بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدا فانما الذى من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبى حنيفة الخ) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل قالوا اذا

(قوله قيل لان هذا الخ) اقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول مخالف لما فى غاية البيان (قوله لان ولايتهما على مال الصبى نظرية) أقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

وانهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف يجعل السفر القريب عفوا (٩٤) قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

والهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل

كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ماذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا ومابعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسيما مما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشئ قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا لانه ان أريد بقوله اذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان أراد بذلك ما هو مقيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ماذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ و يدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر واذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا أو ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا أما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرير صاحبي الكافي ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان سفر اله منه بد ضمن وان كان سفر الابد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل

الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يحمل السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فانه أمره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع وقت الايداع في المصر (لاحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم ومالا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح
حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الجمامى فى المسئلة مشهورة لهما

والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابى حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك أن الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو أفاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلا كما يقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذى هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال فى معراج الدراية قال أبو جعفر فى الكشف فى هذه الرواية من الفائدة ماليس فى رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضى لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضى لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة فلما قال فى الجامع ليس له أن يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذه فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) فى الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة فى رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبى حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ فى هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب فى تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما فى الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبى يوسف ومحمد فى هذه المسئلة دون قول أبى حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لان الديون تقتضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل يكون المديون متصرفا فى مال نفسه فيجوز كذا فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر فى غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف فى ماله بالدفع الى من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال

أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ومن طالب ماسلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وان كان فى يد المودع بالاتفاق ولابى حنيفة لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل فى ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أى حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل المديون يتصرف فى مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أى بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعنى المذكور فى الجامع الصغير (قوله أى حق المديون) أقول يعنى ماله (قوله وفيه نظر لأن الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا اسلم أحدهما الى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما في بعض الاحوال

وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه قوله (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما للكل

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بأمثالها اذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا سترة به وأما ثانيا فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الامامين له أن يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في العناية وغيرها (أقول) ههنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك

(واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيأ يحفظ على أيدى النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ فى الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ فى بيت من دار فحفظ فى غيره وليس فى الذى نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ فى دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثانى غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثانى عند أبى حنيفة ويخير رب المال فى تضمين أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثانى والثانى قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثانى يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابى حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثانى من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثانى فيستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره

قال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفى الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيأ يحفظ فى يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين فى دار واحدة لا يتفاوتان فى الحرز (وان حفظها فى دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان فى الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التى فيها البيتان عظيمة والبيت الذى نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثانى وهذا عند أبى حنيفة وقالا له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثانى بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان فظهر انه أودع ملك نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثانى فيستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت فى حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبى حنيفة لما احتيج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذه الى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الاخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتمشى على ما ذكر فى مختصر القدورى وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال فى أيدى الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول فى أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحريق فى بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا فى القياس انتهى لان المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى أجنبى ثم قال فى المبسوط وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لأن الدفع الى الغير فى هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة فى كتاب الهداية فى أوائل الوديعة

قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا انتهى (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لان ماذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى انها ملك له فى الحال أودعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع أحدهما الالف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (اقول) يرد عليه أن كل واحد منهما انما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه انما هو عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيأ واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده

(واذا كان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما انه له أودعه اياه الخ) ظاهر سوى ألفاظ تذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أعنى الثانى أى بعدما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للاول لان الثانى ربما يقول انما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الا أن يراد باعتبار المآل والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

انتهى

(قوله فينكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف للاول أو للثاني أو لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شئ له والالف كله للاول (ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) اى لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببدله) عند أبي حنيفة (و باقراره) عندهما (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بينهما الا ان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لان القاضى قدمه اما باختياره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى) ولم يذكر أنه اذا حلف للثانى ماذا حكمه وقال أخوه فى شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (لكونه اقرارا) أى لكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ما هذا العبد لى) يعنى لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للثانى لانه لا يمكن دفعه الى الثانى بعد ذلك وقوله (بناء) أى قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابى يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أخطأت بل هى لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وأنه صار مستهلكا على الثانى لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك فى قول محمد خلافا لابى يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على أحد شيأ وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضى على القضاء بها للاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثانى والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثانى أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر فى الكتاب لاستوائهما فى الحجة كما اذا أقاما البينة و يغرم ألفا أخرى بينهما لانه أوجب الحق لكل واحد منهما بذله أو باقراره وذلك حجة فى حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير انه يحلف للثانى واذا نكل يقضى بها بينهما الا ان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثانى وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة فى العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثانى ما هذا العبد لى لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغى أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبى عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان

انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية فى بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف للاول أو للثانى أو لهما جميعا لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما انتهى (أقول) لا صحة لقوله أو للثانى اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثانى بعد نكول ذى اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل ههنا وجهان لا غير والعجب أنه قال فى التعليل لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى أيضا كان الالف بينهما وهذا قطعى فى أن المحتمل ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا فى بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف لهما أو لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم أو لاحدهما يعم الاول والثانى فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

﴿ كتاب العارية ﴾

قدمر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله فى أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف فى تفسير العارية ذكرت فى المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هى مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف فى تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضى بالالف للاول أو للثانى) أقول فى قوله أو للثانى بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيه فلم يذكر العبد قال المصنف (قال ينبغى أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل فى قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله

فقال عامة العلماء (هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فيكون تمليكا للمجهول وأما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية) وهي انما تكون تمليكا (ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان) (١٠٠) وبنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة   كونها
لا استدلالا لا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا للخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا

(وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على

قال المصنف (وهي تمليك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتذكير الخبر وهنا هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصورا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فمسلم وأما من الاخيرين فلا

كونهم اعني التمليك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هنالك مستعارا للمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الاباحة أن لفظة الاباحة استعيرت للتمليك على ماسيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لاتنبله لان المعرف اذاعرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أومانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولانص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجه بحثه ساقط أما الاول فلان ماذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولاشك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما ترد على الاحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لاعلى نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لاتبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى أن قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لايجدي نفعا اذ لايشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ماعرف في أصول الفقه وان أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما أي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فماذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول) وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله أن مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لاحكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فماذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولاشك أن اللوازم البينة لاتحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع الى وجه بحثه مع أن ماذكره في الجواب على تقرير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لايخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ماينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ماذكر في الكتاب حكم العارية لبقي

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النفي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي يتملكها بعد ولذلك (١٠٢) لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كما في الهبة وقوله (ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لانه صريح فيه (وأطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه

البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانيا فلان قول المصنف هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا وأما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضا ظاهر اذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الاباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة أن يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق اذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الاشكال

ومنحتك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى الناقة اى أو الشاة يعطى الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيأ منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لانه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكنى لأن معناه سكناها لك وهى العارية ودارى لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (وأخدمتك هذا العبد) لانه أذن له فى استخدامه (ودارى لك سكنى) لان معناه سكناها لك (ودارى لك عمرى سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تنحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافى كان ينبغى أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيآن أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثانى دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احترازا عن الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضى المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا

(قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الاذن ضرو ريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن وكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضرو ريا واقتفى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضرو ريا ولكون الاذن ضرو ريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضرو ري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون اشارة الى ما ذكرناه فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضرو ريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضرو ريا عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلأن اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير جنابي في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلكت في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

(قوله فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول لم يتعرض للاباحة

(قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا أن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أنا لو صححناه فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا للضرر والغرور بخلاف ما اذا علم

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اه ثم أقول لا حاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على أن يكون الاخذ من أخذ

قال (وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانها اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على أن تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا أن الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اهـ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذ لا يقتضي أن يكون الاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه والا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتآخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره في النظائر الامام التمرتاشي (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل تفاوتا بينا لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى وأما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصارة كما نبه

وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا أي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا أنها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة

والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هنالك لكنه ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه أن للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح

(قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل و بين ما لا يختلف كالمالك أجاب بقوله (وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا) أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير (اذا صدرت الاعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني أن تكون مقيدة فيهما والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة

الاإذا كان خلافا الى مثل ذلك) كن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا
حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل
بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة
الضرر عن دابته ومثل
كيل الحنطة من الشعير
أخف على الدابة والتقييد
انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفى
الثالث والرابع ليس له أن
يتعدى ما سماه من الوقت
والنوع) وعلى هذا (فلو استعار
دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل
و يعير غيره للحمل لان الحمل
لا يتفاوت وله أن يركب
و يركب غيره وان كان
الركوب مختلفا لانه لما أطلق
كان له التعيين حتى لو ركب
بنفسه تعين الركوب فليس
له أن يركب غيره و بالعكس
كذلك فلو فعله ضمن لتعين
الركوب فى الاول والاركاب
فى الثانى) وهذا الذى ذكره
اختيار فخر الاسلام وقال
غيره له أن يركب بعد الاركاب
و يركب بعد الركوب
وهو اختيار شمس الائمة
السرخسى رحمه الله وشيخ
الاسلام قال (وعارية
الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض
الخ) اذا استعار الدراهم فقال
له أعرتك دراهمى هذه كان
بمنزلة أن يقول أقرضتك
وكذلك كل مكيل وموزون
ومعدود لان الاعارة تمليك
المنفعة ولا يمكن الانتفاع
بها الا باستهلاك عينها

الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة

قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذى ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر فى موضعه فكأنه هرب عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف ان المصنف لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع فى الكلام الذى بسطه بأن يقول والاعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ولقد أحسن صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعير وذكر خلاف الشافعى و بين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة فى حق المنتفع بأن أعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل وفى هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لا يتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كما فى الحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام فى اعارة المستعير وأما الكلام فى انتفاعه فى المستعار فهو على أربعة أوجه فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ما ذكروا فى وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا فى وجه هذا الاستحسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغى أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناهما لكونه متيقنا به التعليل
قيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولأن من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد
عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده يقال عايرت المكاييل أو الموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذى يقاس به غيره ويسوى واذا استعار أرضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما بينا يعنى به قوله وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء

ل قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان المعير اما أن وقت العارية أو لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجيب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن فى هذه الارض بنفسك على ان أتركها فى يدك الى مدة كذا فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعنى اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا

وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده قال (واذا استعار أرضا ليبنى فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلانه منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه

التعليل خال عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية فى عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا فى صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف فى عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها فى عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها أصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة فى الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة فى مسئلتنا هذه مجازا أو كناية عن معنى الاقراض ولكن كلامنا فى صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول للقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم فى الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذى ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضى انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضى انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أى نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العينى (أقول

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول فى باب المضارب يضارب

واذاقلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى رحمه الله يريد به ضمان مانقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعنى المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ماقال القدورى ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر أما اذا لحق فالخيار فى الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعير انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع وأما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك فى يده بطريق الاجارة بأجر المثل وقت أو لم يوقت لان الزرع له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك بأجر تفت منفعة أرضه مجانا ولا زرع الآخر

كذا ذكره القدورى فى المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذى نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع ويمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى مافيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعنى اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذى ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصة فأورد على ماذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن القالع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص فى قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتى هؤلاء الشراح واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ماذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اى القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر فى عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جوز ذلك مذهب ضعيف كوفى لا ينبغى أن يصار اليه فى توجيه كلام الثقات

(قوله واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى) أقول فيه كلام وهو أن القالع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشى الشهير بيعقوب باشا فأقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القدورى ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس على فراجعه قال المصنف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرس مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى المؤقتة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفى الاعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لايصلح أن يكون صفة للقيمة الا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمرى ان من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر فى توجيه بعض المقامات وقد صدر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغى له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت فى الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغى أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له فى نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير فى تمام ذلك الوقت اما بعمد منه لخيانة نفسه أو بمانع عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له فى نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء فى البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة فى نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هى سالمة للمستأجر أيضا وهى الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبى وغيره فى باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفى المستأجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الأجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك للعين وملك المستأجر فى المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لأن الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب أجره والرد فى العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفى الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغنم

وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لارد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه ووجه الاستحسان ان فى العارية عرفا ليس فى غيرها وهو ان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقدلؤلؤ

وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها ووجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى العيال لانه لو ارتضاه لما أودعها اياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب وقيل فيه وفى غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتنى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك أعرتنى) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما فى اعارة الدار وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

ردته الا الى المعير لعرف فى الاول وعدمه فى الثانى ومن استعار دابة فردها مع من فى عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يد هم كما فى الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا فى اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه فى الجملة وان ردها مع أجنبى ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخى ومن قال بأنه يملك الايداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) فى الجواب نظر اذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة فى قولهم ان منفعة الاجرين هو الاجرة كما صرح به فى الكافى والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا فى كتاب الاجارات بأن الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الاجرين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية فى تحرير المقام وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لارد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اهـ كلامه (أقول) هذا التحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغى أن يذكر فى بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره أحد سواه ههنا بل انما ذكروه فى محله فيما سيأتى كما ترى

(قوله وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول وفيه بحث فان هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما ههنا (قوله فكان اذ ذاك مودعا) أقول بل يكون اذ ذاك متعديا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى ذكره الزيلعى فراجعه نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسى واختيار قاضيخان رحمه الله (كتاب

ذكرنا وجه المناسبة فى الوديعة ومن محاسنها اجلاب المحبة وهى فى اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لى
من لدنك وليا وفى الشريعة تمليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا
وعلى هذا نعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب فى الوديعة وهو الترقى من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوى النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك أنت العزيز الوهاب وهذا يكفى لمحاسنها ثم ان الهبة فى اللغة أصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك فى كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التى تحذف أوائلها ويعوض فى أواخرها التاء ومعناها ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لى من لدنك وليا يرثنى ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا فى معراج الدراية وغيره وأما فى الشريعة فهى تمليك المال بلا عوض كذا فى عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا للايراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال فى متنه هى تمليك عين بلا عوض وقال فى شرحه أى بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر فى العلوم العقلية من ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما فى المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هى تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقى فى التعريف المزبور شئ وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا قيد فى الحال فقالوا هى تمليك المال بلا عوض فى الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا فى الحال (قوله وتصح بالايجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أى تصح بالايجاب وحده فى حق الواهب

﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لى من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولى ليس بمال ولا عملك قال المصنف (وتصح بالايجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكى قوله وتصح بالايجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء أى تصح فى حق الواهب بمجرد الايجاب وفى حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت)

وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرته تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع اه كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزاه الى الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العيني أيضا اقتفى أثر هؤلاء وبالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله أما الايجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منهما ينافي القول منهما ههنا بأن الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يحنث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع أنه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعندزفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ويقبض

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم) ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان مالا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الالحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لأن القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان وباعه فلم يقبل أنه لا يحنث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان مالا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذا من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي وأما ثانيا فلأنه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما قالاه ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الايجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشئ
بمنزلة الشئ أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة
فان كلا منهما حينئذ يعطي حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما
منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع
فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض
في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانيهما أن التوقف وان لم يستلزم الايجاب
التام الا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت
حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير
قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن
يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف
القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه
الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا ان القبض الخ حيث قال
وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن
فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو
قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي اه (أقول)
ان تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع في هذه
المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف
المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذة المصنف بتفويت المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن
كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان
القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشترى بالقبول بعد المجلس
وأجيب بأن الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يحنث فأما
ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء
المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح
وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلأنه لا يدفع
السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول
بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب
بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بأن الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق
مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في البيع وخلاصة
هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح
في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلأنهم صرحوا
بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره أيضا الى القبض كما ذكر
في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى ان الجواب المذكور
لا يتمشى في تلك الصورة رأسا لان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد شيآن
في كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور
بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وهى بحث ساقط أما الاول فلأن الملازمة فى قوله لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة وأما بطلان التالى فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثانى فلأنا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان بأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) يعنى ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول هنالك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشترى ضمنى لا قصدى فلا معتبر به كذا فى الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم ان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى فكذلك المقصود يحصل بقبول المشترى من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشترى فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به)

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له واذا كان كذلك (فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض أجاب بقوله (بخلاف ما اذا نهاه) يعنى صريحا (فى المجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثانى أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشترى ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشترى بدون اذنه جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن وأجيب عن الاول بأن الايجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ماوراء المجلس وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ماوراءه وعن الثانى بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه نوع ركاكة (قوله وأجيب عن الاول بأن الايجاب من البائع شطر العقد) أقول ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يحنث (قوله وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ماوراءه) أقول هكذا وقع فى هذه النسخة موافقا لما فى سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ماذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكونه مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال فى الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة فبالنظر الى كونه بمنزلته يجوز القبض فى المجلس بلا اذن الواهب وبالنظر الى التغاير حقيقة صح الامر بالقبض بعد المجلس ابدا نالانحطاط رتبته عن القبول فتأمل ووقع فى بعض النسخ وحده عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما فى الشروح الاخر فتدبر (قوله وعن الثانى بأنا لا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشترى ولا يتوقف على القبض حتى يرد ماذكره وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون فان قيل حق الرجوع ثابت فى الهبة أيضا فينافى ذلك كون الايجاب تسليطا قلنا ذلك فى الهبة ليس بكلى ألا يرى الى موانع الرجوع فى الهبة بخلاف البيع فتأمل

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

أقول لقائل أن يقول انما ألحق القبض فى الهبة بالقبول فى البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع كما تقرر فيما مر آنفا الا من جميع الحيثيات الا ترى أن القبض فى الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول فى البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنا داخلا فى العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل فى العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى فى تقرير وجه الاستحسان فى مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشترى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان ولنا فى تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الاطعام فى الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام فى الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفى آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال فى تنقيح الاصول فى أوائل التقسيم الرابع وفى قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما الا جعله مالكا وألحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهى كثيرة فأقيم التمليك مقامها انتهى وقال فى التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى فتأمل ترشد ثم انه قد ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الاصل واذا قال أطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح فى أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيد بقوله فاقبضه وأما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين أى

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الالفاظ التى تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول فى قوله لان الاول صريح فيه والثانى مستعمل فيه وكلامه واف بافادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها (قوله أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين فأبت أمى الا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملنى أبى على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور

(قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول فى أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) أقول فى التلويح قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك والا فهو للاباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عينه ما ذكره فى التلويح من جعله مفعولا ثانيا له فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا فى حواشى شرح الوقاية

بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها وأما الثاني فلان حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا أي ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي أن لا يراد به تمليك العين مجازا كما أريد به ذلك اذا أضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هنالك على تمليك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما أي آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظة عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصد الاشارة الى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث وقد أشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته) يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد ذكر في العارية أن قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك أن قوله لانهما لتمليك العين

وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله (فلان الحمل هو الاركاب حقيقة) يعني أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية) الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك أن قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني أنه تصرف) أقول ضمير أنه راجع الى الحمل (قوله لما أشرنا اليه الخ) أقول جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل (ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكنى أو نحلي سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له

يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل على الدار كناية حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا واذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالادلة أو الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبته واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة (أقول) ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل المخاطب

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تمليك المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله الآية فانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شئ يضره التبعيض
يوجب نقصانا فى ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار
والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع فى
الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أى ليس بمقبوض والثانى عن المشاع فانه اذا جز وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر
مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة فى نفسها فيما
يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا
أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على
الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة
لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغى وتصحيحه ماذكر
وقال الشافعى هبة المشاع جائزة فى الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره
كالبيع بأنواعه يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض (١٢١) فى هذه العقود بالاجماع فاذا باع
وخلى بينه وبين المشترى خرج عن ضمان البائع ودخل فى ضمان المشترى وملكه المشترى وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول فى ضمان المشترى مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى تجوز
فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو
الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه
فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

الخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع
كالقرض والوصية) قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع
قابل لحكمه أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن
يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا
مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا
أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم
الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين
بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه
(أقول) تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا فى قول المصنف
وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(١٦ - تكملة سابع) فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه
عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع
ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل
على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام
لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله
الا بضم غيره اليه أى بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل
جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه

(قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثانى ناظر الى
قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة (قوله وتصحيحه ماذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة
الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننازع فى
كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول
معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤونة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم
بخلاف مالا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤونة القسمة

لان المشاع الخ بل الاعلى أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه
مكان يعنى أن قول المصنف ولان المشاع الخ قوله وهذا لان المشاع والثانى أنه او زكى
تشد بمقدمات حيث قال فكان العقد صدر من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا
ولما ثبت عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه جعل قول المصنف وكونه تبرعا الخ
على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التى قدرها وهى قوله ولا مانع
ثمة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق
وهى قوله فيصح فى المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى
وهذا أى صحته فى المشاع أو كونه صحيحا فى المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له
فلا يلزم حينئذ لزوم شئ من الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما
فظاهر جدا وأما الثانى فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ماقدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى
التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور
بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه فى المشاع لزم فى ضمنه وجوب
ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع
لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعنى أن الشيوع فى القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع
كذلك لا يمنع فى الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب
العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر
(قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤونة القسمة) يعنى ان فى تجويز عقد الهبة فى المشاع الزام
الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤونة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان
اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بأن
المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا
يستلزمها كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العينى (أقول) فى الجواب
بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان فى تجويزه
الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة لان الذى يستلزمه تجويز هبة الشئ انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو
ثبوت الملك للموهوب له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ماليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه
تجويز الهبة فى شئ فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة
المشاع الزام الواهب مؤونة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذى لا يستلزم القسمة هو الملك
المشاع وهو الذى ذكر فى الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول
لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذى لا يحتمل
القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك
المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة
ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين
الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفرز هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه
آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن

ولان فى تجويزه الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤونة القسمة ويجوز بذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا
ضرر مرضى لان اقدامه
على هبة المشاع يدل على
التزامه ضرر القسمة
لا [illegible] الضرر [illegible]
[illegible] مرضيا أجيب بأن
المرضى منه ليس القسمة
ولا ما يستلزمها لجواز أن
يكون راضيا بالملك المشاع
وهو ليس بقسمة ولا
يستلزمها واذا أى ولان
فى تجويز هذا العقد الزام
مالم يلتزم امتنع جوازه
قبل القبض لئلا يلزمه
التسليم وهو لا يتحقق
بدون مؤونة القسمة بخلاف
مالا يقسم لان الممكن فيه
هو القبض القاصر فيكتفى
به ضرورة ولانه لا يلزمه
مؤونة القسمة فان قيل
لزمه المهايأة وفى ايجابها
الزام مالم يلزم بالعقد ومع
ذلك العقد جائز فلتكن
مؤونة القسمة كذلك

(قوله أجيب بأن المرضى
منه ليس القسمة ولا
ما يستلزمها لجواز أن
يكون راضيا بالملك المشاع
الى قوله وهو لا يتحقق
بدون مؤونة القسمة)
أقول وفيه بحث فانه
يعلم أنه اذا طلب شريكه
القسمة لا ينفعه اباؤه على
أن له أن يرجع عن هبته
ولا تلزمه المؤنة فليتأمل
(قوله فان قيل لزمه
المهايأة وفى ايجابها الزام
مالم يلزم) أقول ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام

أجيب بقوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل أن يقول ان الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها لا بلزوم مال اذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على أن القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وان لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لان الحكم يدار على نفس الشيوع) فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة النوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت

والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع

هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلأنه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا أن طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلأن في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم أقول بقي شيء في أصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فان رضي بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفي

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله بعوده الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض لضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الوجيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالغ فقال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى ففي قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قالوا لو وهب رقبة في حنطة الخ) أقول كلامه هذا مبني على أن الدقيق اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالعقد بخلاف ما اذا كان مشاعا
فيجب ذلك بالاتفاق الا شرح بيـ () وذلك واضح لصلاحية المشاع للملك دون المعدوم وهذا ما يرشدك أن مراد المصنف

لم يجز ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم فهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن لانه ما في حكم المعدوم وانما هو بالاستحالة وبعد الاستحالة هو عين آخر بخلاف المشاع لانه محل للتمليك والمعدوم ليس بمحل له فوقع العقد باطلا فلا
ينعقد الا بالعقد بعد التمييز بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر
الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع
القبض كالشاغل قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا)
لان العين في قبضته والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب
عنه قبض الامانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

الحاجة الى الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلذلك مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة
تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا
الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة
ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام ما لم يلتزم الواهب
بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب
بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة
باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اهـ كلامه (أقول) لا يرى في الجواب
الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال السائل لان حاصله ان في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج
عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه
اخراج عين عن ملكه ففيه الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضررا من الثاني
ممنوع فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته
فتكون ازالتها عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته
عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير أن الزائد عليها في احداهما العين
وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم
التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما
لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا تلزم المنافاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة
لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان
بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل
القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نسلم
لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اهـ
كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه أحد
الشريكين سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة
وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكنا
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر
الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام
التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلا (قوله واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها
قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة

بعدم وجود وهبة الشيء فيه
ووجه الاستحالة وان عقد
التمييز لا يجوز لنفسه
عدم صحة ثبوت الملك ولا
يتوهم انه متفرع على مذهب
أبي حنيفة رحمه الله تعالى
لانه لا يحتاج الى تجديد العقد
عند الامام في مشاع كما في
المعدوم وغاية الدهن في
السمسم والدقيق والحنطة
معدوم وما دام ليس بموجود
بالفعل وتحقيقه بالعصر
والطحن لا معتبر بكونه
موجودا بالقوة لان عامة
الممكنات كذلك ولا تسمى
موجودة واذا كان العين في
يد الموهوب له لا يحتاج الى
قبض جديد لانتفاء المانع وهو
عدم القبض واذا وجد القبض
أمانة جاز أن ينوب عن
قبض الهبة بخلاف ما اذا
باعه منه لان القبض في
البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في
الضرع) أقول قال صاحب
التسهيل أقول في البيوع ان
اللبن في الضرع لا يجوز بيعه
وان أخرجه وسلمه الآن يجدده
بعد احداثه لشك في وجوده
واللبن في الضرع كذلك فينبغي
أن لا تصح هبته وان سلم بعده
انتهى قال المولى الشهير
بخسرو شاه رحمه الله تعالى
والفرق ظاهر اذ لو وجد
بالفعل كفى في الهبة وان لم يتعين بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد أحدهما
البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لانتفاء المانع)
أقول ووجود المقتضي وهو ظاهر لكن بقي ههنا بحث والاظهر أن يقال لوجود الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهى الى موضع فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد ادراك الولد (لانه) أى لان الموهوب (فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره) يعنى فى الاولين (أو فى ملك غيره) يعنى فى الاخير (والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له) وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصى لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الاخ والعم والاجنبى جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى أن ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب

قال (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده أو فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا فى العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار اليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو فى ملك غيره فى قوله لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله ببيع فاسد فالجواب انه قد مر أيضا فى باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه فى البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك الى البائع فتصح هبته اياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذى فطنة أنه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع فى قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى لانا نقول فان أذن له المالك فى ذلك يكون البيع باذن البائع أى المالك وان لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى

(قوله أو ببيع فاسد) أقول بلا اذن البائع فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قيل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام) أقول فانه مشهور ان الجد الصحيح كالاب الا فى أربع مسائل

(وان وهب لصغير أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك) الامر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب أو جد اليتيم أو وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر أمه أي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يربيه لان له يدا معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما تمحض نفعا في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعا له فان قيل عقد الصبي اما أن يكون معتبرا أو لا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أصله فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره برأي الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أو لا فان كان الاول جاز قبض زوجها لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج وقال انها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيره فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا

(وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يربيه) لان له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك قيل وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اهـ كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات وأما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شئ فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب أي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا

(قوله وكذا اذا كان في حجر أجنبي) أقول كاللقيط (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف) أقول لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضا (قوله فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد الخ) أقول يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها فان كان الثانى فلا معتبر بقبض الزوج اياها لان ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله وقد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبى حنيفة وقالا تجوز لان هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولابى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين جميعا فأما اذا حصل فى أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به

لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبى حنيفة وقالا يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع

وقال انما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال فى مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبى والاب والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت فى عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفى الاجنبى يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير فى عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن فى قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله فى الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به فى مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ فى هذه المسئلة مذكورا فى غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية فى جعل قول المصنف فى الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله فى الصحيح هو الاحتراز عما ذكر فى الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال ويملكه مع حياة الاب بدل قوله يملكه مع حضرة الأب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية فى شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازى من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبى والام والجد والاخ فى أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ فى قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لما قول المصنف فيكون التمليك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى
دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع
الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة و رواية الاصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة
والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع
القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله
تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها (١٢٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل
ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة و يجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا أو متساويا مر على أصله وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل

بخلاف الرهن لان حكمه الحبس و يثبت لكل واحد منهما كملا اذ لا تضايف فيه فلا شيوع ولهذا لو
قضى دين احدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد
منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة
في الحكم وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على
القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه
الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين
دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما
نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في النصف وهو غير متميز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع
لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله
وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره
الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين
استدلال من جانب التمليك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من
جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف
فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه
من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التمليك أيضا كذلك
فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من
جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها
وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها
وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة
الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث
والثلثين أو بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا
أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز في
المساواة جوز في رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية

(قوله فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو
بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر
متعلق أيضا به والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه وقوله التفصيل بالصاد المهملة وقوله
بالتفضيل بالضاد المعجمة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان
الاول لم يجز بلا خلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ماذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوى على رواية عدم الجواز وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بماذكر موضع خلافه من الابعاض وماليس فيه خلاف من الابعاض فانه لونص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ماعدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على أصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لايجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناه على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيأ فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لايجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعدذكر ماذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى (أقول) يرشد الى ماقاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها وللآخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قدذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه

(قوله وليس بظاهر) أقول أى ماذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهرا لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أى تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوى) أقول الباء متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

(قوله وهذا الباب لبيانه) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعى وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى الزوجان ولابد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه (وقال الشافعى لارجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة فى هبة الوالد لولده وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأه (قوله على أصله) أى على الشافعى فان من أصله أن للاب حق الملك فى مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعى لارجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا بابه (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أى اذا وهب هبة لاجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالاخ الرضاعى وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى الزوجان ولابد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه انتهى (أقول) فى قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقى منها الهبة التى كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع فى هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجرى على ما هو المتعارف فى أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما فى خطابات الشرع على ما تقرر فى علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثانى القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لابد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول للمانع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين فى أثناء كلام القدورى فى مختصره والعهدة فى هذه المسئلة على القدورى لانها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو

(قوله ذا رحم محرم) أقول جر على الجوار (قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما الآخر بل الوجه احالة خروجه الى القيد الثانى الذى لابد منه فان النساء يدخلن فى أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم (قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لابد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف فى جوازه (قوله والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة) أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضى ما يضاده) أقول من الذى ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعى) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعى (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله فى تجويز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل فى أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التمليك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثانى أحق من الاول الا أن يقال الاحقية باعتبار أن للواهب حق التمليك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للموهوب له حق القبض للتملك فى المجلس عندنا على ما مر (قوله ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذا العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك الا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد أشار في الكافي أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أى لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث أما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما في نحو أراني أعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شئ أهون على الله تعالى من شئ فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذى استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعنى صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى (أقول) يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالى وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم

(ولان المقصود فى الهبة هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى لا يستبد الواهب بالرجوع فى الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا الا الوالد

(قوله لأن العادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم

الا أنه يتملكه لحاجته وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالصيانة والخدمة ونحو ذلك مخصوص بالمساوى بخلاف التعويض المالى وأما التعويض المطلق فيوجد فى الاعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فانه يدل على جواز الرجوع فى الكل مالم يعوض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمتفرد فى ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة لان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادى قروض انتهى * ثم ان صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى أن يمتنع الرجوع لانه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفى العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأنا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والغائه بل بحسب مروءة الموهوب له وجرى العادة على التعويض و بنفى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروءة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل صورة كما ذكرنا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم كذا فى الكافى وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة يعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة فى تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال فى البدائع فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال فى الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله فى الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه) قال الشارح العينى قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون فى جوازه الرضا أو القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال وأما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضى الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التى هى معصية أخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضى اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع فى الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن فى أصل الرجوع فى الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضى الاقدام على أمر وامكروه انتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا وان الذى كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا اجراء

قوله فلذا احتاج اليه لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم (وقوله فى الكتاب) أى القدورى (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه) لا لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعنى القدورى وقد جمعها القائل فى قوله موانع الرجوع فى فصل الهبه * يا صاحبى حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاى الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم) أقول بل شراء

(قوله وهذا الاستقباحه لا لتحريمه) أقول فيه بحث

(قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث آخر) أقول الاظهر فى رواية أخرى

(فقال الاأن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع فى الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس وأجيب بأن الرد فى المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثانى لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثانى لانه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا وأما فى المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع فى الهبة فان الرجوع ليس برضاه ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا فى تبدل السبب

فقال (الاأن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

الرجوع عنها والذى يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضى لا يقول للواهب فى حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس فى قضائه هذا اعانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعى على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضى عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضى دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا من اختلاف العلماء فى مسئلة لا يمنع القاضى عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة فى قيمة الموهوب نقصان فى الحقيقة وان كان فى صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية فى البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس الموهوب بشئ يورث زيادة فى قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب فى نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة فى قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله فى الذخيرة * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التى لا تورث زيادة فى القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذى ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه فى تلك الصورة أيضا فليتأمل

قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآرى الأخية وهي عروة تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لان مالا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لايمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العرض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعارضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن يختص العوض على الموهوب له بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صح (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر أمواله و بالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقا أجيب بأنه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدى الى المعوض ما أمره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره مالم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان مالم يضمن

قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اهـ أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تقف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) أقول قيد

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لايمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن يختص العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبدل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما قيده به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) اقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شئ من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانه تم مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض ملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الا أنه) أى الا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولم يرجع بشئ (لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء

الذي لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لاسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما في الطلاق أجيب بأنه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا أو القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما مر حوابه وكأن وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجها الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو كحكمه (قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فانه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفى أصله وهاء) أى فى أصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا فى ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال فى المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى وهو خطأ لان مد المقصور راسماعى ليس بخطأ وتخطئة ماليس بخطأ خطأ (قوله وفى حصول المقصود وعدمه خفاء) لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل (ف) اذا تردد (لابد من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعده لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا أن يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الاصل) وخالف زفر فى الرجوع بالتراضى وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل (حتى أبتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب

لايشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع) كما اذا وهب الدار ثم رجع فى نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما فى الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لان العقد) هو الدليل على المطلوب وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء لانهما فعلان بالتراضى ما يفعل القاضى وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشمل التراضى والقضاء

وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء فلابد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك فى يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا أن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالتراضى يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف اغا هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه فى الكافى والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفى أصله وهاء) أى فى أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافى فى تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا فى ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى (أقول) فى قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس فى جميع الصور أى فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا فى ملك الغير فى الجميع فلا يصح تفريع بطلانه فى صور يتحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل فى جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة فى صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة فى مسائلها الا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لانه ان أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فلا محذور فى ذلك اذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان

اراد

(قوله لانه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال فى المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى وهو خطأ لان مد المقصور راسماعى ليس بخطأ وتخطئة ماليس بخطأ خطأ) أقول قال مولانا ابن كمال باشا وهذا خطأ عظيم لان الوهى على وزن الرمى بسكون الهاء ومده مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة (قوله فاذا تردد لابد من الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلابد من الفصل الخ تفريع على قوله وفى حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله الى قوله بعده) أقول يعنى هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك) أقول جواب بابداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف) أقول فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير فى قوله له راجع الى صاحب الحق (قوله ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (قوله لانهما يفعلان بالتراضى ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع الى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ماثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفى أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتمامها فى كل ماثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزى قال فى المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى مصدر وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعى ليس بخطا وتخطئة ماليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذى فطانة ان الخطأ ههنا انما هو فى كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهى فى قول صاحب المغرب وانما هو الوهى مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهى وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصور القال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العينى لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعى ليس بخطأ خطأ لان جواز مد المقصور السماعى مبنى على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه فى قوله وانما هو الوهى يعنى بتسكين العين ومخطئ من وجه فى قوله الوهاء بالمد خطأ لان هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول فى قلى يقلى قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك وقد قال الجوهرى القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضا فى تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضا مصدرا اذ قد تقرر فى علم الادب أن مصدر الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس فجئ القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره الجوهرى لا يقتضى أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهى فان الاول مسموع دون الثانى وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه فى قوله الوهاء بالمد خطأ ينافى تصويبه اياه فى قوله وانما هو الوهى لان فى قوله هذا قصر مصدر وهى يهى على الوهى بتسكين الهاء فيكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافى ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافى ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبى الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور فى الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا بمن له ولاية عامة وهو القاضى أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأنه منقوض بفسخ العقد فى البيع الفاسد اذ قد مر فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشترى اذا قبض المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد فى صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هنالك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به فى مواضعه وأما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هنالك للمشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ والحق ههنا للواهب فى نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتى وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشترى هنالك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض انما كان فى صورة القضاء خاصة لان الحق هنالك فى وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد السلامة حقه له

لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضى فانما يقضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثانى بقضاء القاضى أو بغيره خلافا لزفر فى غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى للواهب

احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع فى ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له فى المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشترى أجاب بأن الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور فى ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لى هذا العبد لا أن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

لا فى الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا فى غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعى رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا فى الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية فى تعليل قوله لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام فى حق الفسخ لا فى ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر فى تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية فى تقرير هذا الدليل ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهى أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض فى العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال الشافعى وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد وجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم (فصل

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعنى تقدم فى المضاربة

وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض وإذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا بتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فإنها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لأن الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الا حملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

﴿فصل﴾ قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشرط وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لأنه ليس بملفوظ اه (أقول) فيه بحث إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية

إذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحسانا دون الحمل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

﴿فصل ومن وهب جارية﴾ (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الا أن يقال المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فإن قيل الظاهر أن الاشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) اشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك

والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اه وقال في الكافي هنالك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلنا يكفي لصحة التزيين كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفي الحمل لا يجوز وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط (أقول) في كل من وجهي الجواب المذكور نظر أما في وجهه الاول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين أيضا المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز وأما في وجهه الثاني فلأن كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض أصحابنا ان أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح أنه لا يجوز في الحمل أصلا لان ما في البطن ليس بمال الخ * ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية أخذا من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في امكان تجويز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء) في التجويز لان الجواز في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا (وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم

قال (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا او تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها او يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء او قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي لارداف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والا لا يصح أعني ان قوله على أن يرد عليه شيأ متصل بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيأ منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيأ منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيأ منها انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيأ منها سيما بعد قوله على

(فان وهبها على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بألفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك تقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه

أن يرد عليه شيأ منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيأ منها الى ما هو غير مذكور ههنا أصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيأ من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيأ منها الى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكأن الامام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان والا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد أيضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الاول أصلا بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شئ من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيأ منها مغنيا عن قوله أو يعوضه شيأ منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيأ منها مصروفا أيضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيأ منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعوض شيأ فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم أن قوله أو يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيأ منها فلفظ شيأ من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين من عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (١٤٣) باطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعتاق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة (والرقبى) وهو أن يقول الرجل لآخر داري لك رقبى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لانتفاء ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى (ولهما) ماروى الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا)

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف جائزة) لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى ورد الرقبى

بشرط أن يعوضه شيأ معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بأنه اذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في درذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فتأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا أن الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبى عند كون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك في شئ كما ترى ولا

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للمعير

(قوله ولأن معنى الرقبى ... فهو يشير إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا
وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتداع الشيء في اللغة بعد استقرارها الأصل ما عنه مندوحة فليس بمستحسن
... أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى أجيب بأنه محمول على أصل ...
... من الرقبى ... والشيخ ... قائل بجوازه والله تعالى أعلم

ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به

﴿ فصل في الصدقة ﴾ قال (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) لأنه تبرع كالهبة (ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما بينا في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا إذا تصدق على غني استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب فإذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

بهم قوله فدار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتداع الشيء في اللغة بعد استقرارها الأصل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن إلى هنا كلامه (أقول) لا نسلم أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول أبي يوسف أصح إذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لأن الهبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما حققناه آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافا لأبي

﴿ فصل في الصدقة ﴾ ... الصدقة ... لأنه تبرع ... في الشروط وشرائطه ... كما ذكر في كتاب الهبة ... قال (والصدقة كالهبة) الصدقة ... لأنه تبرع كالهبة ولا تجوز إلا ... القسمة لما بيناه في الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه ... فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب وإذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لأن الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما أنهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكر لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة (قوله ومن نذر أن يتصدق بماله ... يوسف ...
الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

﴿ فصل في الصدقة ﴾ (قوله فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كأنه في الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لأن الله تعالى لا يخلف الميعاد

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار

يسكنها او حمام يغتسل فيها وابل تحمل أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وأما شرطها فمعلومية البدلين وأما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل أن الشرط فى الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة و يبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهى رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هى حبيس عندى فان مت فهى لك وتفسير الرقبى أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهى من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهى لك وان مت فهى لى فهى باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

﴿ كتاب الاجارات ﴾

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان فى الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا فى الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد فى قوله ذات أفراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم تحصل فائدة فى جمعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصى أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى أنها ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد فى قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغى أن يرتكب و يبنى عليه كلام المصنف الذى هو علم فى التحقيق فالحق عندى أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هى التى أشير اليها فى الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتى تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هى دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التى ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من أنه سبب الملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومة كما فعله البعض قصدا الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان عمم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا فى أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح فى الشرع فى عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انما اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وماذكره الزيلعى ههنا فى شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه فى كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه أيضا صرح فى أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز فى الاباحة فان من أباح شيأ فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ماذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة يخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ماذكره الزيلعى ومقتضى الثانى عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال فى دفع تناول تعريف الكتاب وغيره النكاح ان المصنف قال فى أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة فى الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافى والشراح هنالك وعن الكرخى انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجرا بقوله تعالى فآتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشاكل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنها عقد على المنافع بعوض أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك النكاح تأمل تقف وقال فى غاية البيان وينبغى أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضا ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع فى الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب فى القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا (قوله لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) قال الشارح العينى قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور فى كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وانما الذى هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل أن أرى ما كتبه غيرى وأما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) أقول فيه بحث أما أولا فلانه لابد من ضميمة الى هذا التعليل حتى يتم كأن يقال ولم يثبت نقله فى الشرع الى معنى آخر وأما ثانيا فلأنه مخالف لما فى كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للاجرة (قوله لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة) أقول فيه بحث (قوله فالشرعى أولى بالتقديم) أقول فيه بحث

والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

(قوله قد بينت لك الخ) ماذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيأ في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا مصدرا من أجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من أجره اذا أعطاه أجره كمجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن (قوله الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر اه (أقول) في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر أن ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم تكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس ذلك بمنحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن يقول سيأتي في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وفيه زيادة بيان أن معلومية الاجر شرط جوازها (وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر

قال المصنف (والقياس يأبى جوازه) أقول ذكر الضمير الراجع الى الاجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف (وقد شهدت بصحتها الآثار وهو الخ) أقول هو راجع الى الاثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) إلزاما للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعني يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من

استأجر أجيرا فليعلمه أجره فإنه كما يدل بعبارته على كون معلومية الأجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل والمعقود به وهو الأجرة كالتبع كالثمن في البيع فإذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الأصل أولى بذلك (ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمنا في البيع صلح أن يكون أجرة لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء لابد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اهـ كلامه (أقول) جواب هذا الإشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما إذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا للكلام بهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر إلى هنا كلام صاحب الغاية فكأن ذلك المستشكل لم يره ذا الكلام أو لم يقنع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فإن قيل إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني (أقول) فيه نظر لأنه إن تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول لابد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) أقول قال في المحيط البرهاني الأصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الإجارات وما لا يصلح أن يكون ثمنا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الإجارات إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

المذكور

ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو أن العقد لابد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان) أي كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها لا تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر شيء ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه أصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا وأما الجواب فلأنه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه * ثم أقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل أن يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله مالا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح أجرة على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يحتمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موقف حتى المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان مالا يجوز أن

وليس كل مالا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة لان بعض مالا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب مثلا) أقول قال في المحيط البرهاني في الفصل الاول من الاجارات واذا كانت الاجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة واذا كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينا انتهى (قوله أو ثيابا) يعني بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع الخ (لا ينفى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الاجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد أن تكون معلومة فى الاجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة مدة

معلومة وكائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين أفضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التى جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهى مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل فى البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظن فى ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن فى حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة فى هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق فى مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يحمل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن فى الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أى مدة كانت وانما لا تجوز فى الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهى ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كى لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يؤاجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره لانه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أى مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا أن فى الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كى لا يدعى المستأجر ملكها وهى ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمنا فى البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا فى البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع فى مسئلة القدورى على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لهاتيك المسئلة وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادى فى شرح مختصر القدورى وهذا الذى ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر فى تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدورى بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالى) أى لان الاجرة على تأويل الاجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا فى النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب فى الذمة كانت الاجرة أيضا مشروطة بكونها غير المنفعة كما صرح به المصنف فى تعليل مسئلة القدورى فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع فى أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذى ذكره صاحب العناية وجها آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار فى الذمة كما لا يخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله فى نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب فى الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار فى الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولابد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الوحد ولابد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

فى الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لاخلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع فى تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثانى دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفى بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره فى استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة فى استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة فى استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد فكما أن المنافع لا تصير معلومة فى النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فى النوع السابق ببيان المدة وفى النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لابد منه من الامور اللازمة البيان كما أشير الى بعضها فى الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة فى هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة فى شئ من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور فى سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع فى الكنز والمختار أو بذكر العمل كما وقع فى الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولابد من بيان الوقت) أقول فى هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر فى صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذى ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور فى نفس الكتاب وقد وسطه فى البين كما ترى وكأن صاحب الكافى تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما فى أجير الوحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الوحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعى الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لأن اجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتى

(وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر فى الكتاب

لما كانت الاجارة تخالف غيرها فى تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها باب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس براضح لان نفى وجوب التسليم لا يستلزم نفى التملك كالمبيع فانه علكه المشترى بمجرد العقد ولا يجب تسليمه مالم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر فى الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفى الوجوب نفى التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت فى الذمة ونفى الوجوب فيها وهو يستلزم نفى التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى علك يدل على هذا كله

﴿باب الاجر متى يستحق﴾

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

فى الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها دون العمل بل انما هى عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل فى بعض الصور كرعى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله فى باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعى الاستئجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو مثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوحد لغات التنبيه على ان اجارة أجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

﴿باب الاجر متى يستحق﴾

قال صاحب النهاية لما ذكر أن صحة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل فى هذا الباب اه كلامه واقتفى أثره فى هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعى ذكر مجرد أن صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها فى باب على حدة ألا يرى ان معلومية البدلين شرط فى كثير من العقود ولم يحتج فى شئ منها الى بيان وقت الوجوب فى باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها فى تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها باب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شئ وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد فى غيرها أيضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما عرف وكالوصية فان الملك هناك أيضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها فى تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا

﴿باب الاجر متى يستحق﴾

(قوله وجب افرادها) أقول أى افراد المخالفة

قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال فى الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى قال صدر الشريعة فى شرحه فان المستأجر اذا عجل الاجرة فالمعجل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفى الفصل الثانى من اجارات المحيط البرهانى يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل فى الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد فى الجامع وفى كتاب التحرى وذكر فى الاجارات أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد اما واذا كانت دينا تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر فى الجامع وكتاب التحرى وبعضهم قالوا ما ذكر فى الاجارات قول محمد أولا وما ذكر فى الجامع والتحرى قوله آخرا انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفى الوجوب نفى التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفى التملك بدون وجوب التسليم فى العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لا يهما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلا) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصا المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفى التملك لا محالة) أقول ممنوع فان فى صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

أما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس
الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب
المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة
ما يؤيد هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب
التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال
بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية
(أقول) تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس
العقد فثم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شئ قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم
يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال
معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما
الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع ووقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا
أو دينا مما يملك واذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في
الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أى عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك

وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم والاحياء فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح ثم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه في عامة المعتبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وغير ذلك من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد ان افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة الملك

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة وبتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوي للقنوي اعلم أن الاجرة اذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو منجمة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكرى بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل فيتعجل عند الاطلاق كالثمن انتهى (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب فى جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون فى الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

(قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك فى البدل الآخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما فى البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر فى أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد فى حقه) أقول ان أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه يخالف ما سبق فى كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتنى اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الابراء لوجوده بعد السبب) أقول كالابراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفى البزازية تكارى دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر فى الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يؤاجر ابلا بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكارى الحمولة وقد قال المستأجر احملنى على ابل الى مكة أو احملنى أو احمل هذه الحمولة يكون المعقود عليه فى الذمة ويفتى بالجواز للعرف انتهى وسيجىء من المصنف فى آخر هذا الباب أن المستحق عمل فى ذمته فراجعه الا أنه ذكر فى الحواشى الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون دينا فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة فى الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعى وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا انتهى فتأمل فى جميع ما ذكر

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله

الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك فى الحال كما هو مدعى الشافعى ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك فى الحال كما مر وأما الثانى فلان الوجود الحكمى لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقى فى اللوازم الشرعية والا لم تحصل فائدة فى جعل الشرع الوجود الاعتبارى فى حكم الوجود الحقيقى فلما سلم أولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجيه فى الترديد وفى المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال فى العناية واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلان حيثية كونه اجارة هى حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثانى ممنوع وهل لا يستلزم تسليم الاول تسليم الثانى ومنع الثانى منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة تامع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم

أن تكون صحة اشتراط التعجيل فى عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية
كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على أنهما
لو صرحا بأنهما شرطا التعجيل فى عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا
فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة
المساواة وبشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك فى المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى
فى الجواب ماذكر فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل فى الاجارة لا يخالفه
مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضى التعجيل كالبيع الا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة
وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا
بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن
صحة الابراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب فى جانب الاجرة
اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى
الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما ذوب
له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح
بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل
المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد
فى جانب المنفعة وهى كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب الاجر
أيضا وهى اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة
فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة فى الاجرة فظهر
الانعقاد فى حقه على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف
جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به فى عامة المعتبرات مع أن كلا من البدلين معدوم
هنالك قطعا فلا فرق فى الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه
آخر حيث قال ان أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره
فليبين على أنه مخالف لما سبق فى كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتنى اقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى
كلامه (أقول) قد أخذ أصل ايراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلان صاحب
البدائع ذكر لقول محمد فى جواز الابراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثانى بما ذكره ذلك القائل
ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه
ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على
ألف درهم فقال أعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص
بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعنى
بالانعقاد الانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى
به شيأ آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد
فى حق المتعاقدين لا فى حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على
مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده فى حق الحكم وهو الدرجة
الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم فى الحال
ثم فسر انعقاد العقد فى حق المتعاقدين وانعقاده فى حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك
فليراجع محله وهو أواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهانى وأما ما ذكره ذلك المورد فى علاوته

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا او بدل أحد الاقسام لا يكون قسيما له لانه فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذى وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التى تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هنالك مانع منه أو من الغير أو من أجنبى سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شئ منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم فذهب اليها بعد مضى (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به

من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام أيضا اذ لا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثانى من وجهى قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما مشى الجواب الذى ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأى بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هنالك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الاجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثانى أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

(قوله فاذا قبض الى قوله في المكان الذى وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذى هو محل العقد وفي المحيط البرهانى يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التى ورد عليها العقد وفي المكان الذى أضيف اليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذى أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذى أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما الا بجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذى أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذى أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذى أضيف اليه العقد في المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول ولو اذا استوفاها وجب بالطريق الاولى (قوله مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضى اليوم فذهب اليها الخ

كن استأجر دابة فى غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة أو سلمها فارغة فيها فى مكانه لكن بها اعرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها فى مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب آخر لم يكن شئ من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر فى جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل افراد التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش فى تسليم المعقود عليه فى مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع فى بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجوب الانفساخ فى ذلك القدر قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التأجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثانى فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضى (وان استأجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم وهذا قول أبى حنيفة آخرا (وكان يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر) عن

قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب فى بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ فى بعضها قال (ومن استأجر دارا فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجارة الاراضى) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون فى المكان الذى وقع العقد فى حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء فى المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة فى هذا اليوم وذهب اليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضى المدة اه وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش فى تسليم المعقود عليه فى مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اه كلامه (أقول) فى آخر جوابه خلل أما أولا فلأن قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبى وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هى الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هى الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع وأما ثانيا فلأن قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب أيضا من القيود المقتصر

(قوله كمن استأجر دابة فى غير بغداد الى قوله ببغداد الخ) أقول ولو سلمها فى غير بغداد الذى هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان صورة الغصب مذكورة فى كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول يعنى دلالة الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة) وما هو جملة فى المدة لا تكون مسلمة فى بعضها لان اجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان . لا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما فى المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتى فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على أجزائها) يعنى المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان فى المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام فى استحقاق القبض وفى ذلك لا يتوزع كما فى المبيع والتسليم فى الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضى استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البدلين (الا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضى الى عدمه فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأسره من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقدرنا بما ذكرنا) من اليوم فى الدار والمرحلة فى البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا ثوبين ففرغ عن أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به

لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضى استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة وما هو جملة فى المدة لا تكون مسلمة فى بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما فى المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتى اهـ (أقول) فى قوله كما فى المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر فى البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففى الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفى الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا وأما أن لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فمالم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال كما فى المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقى شئ من الثمن اهـ (قوله وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية فانه ذكر فى المبسوط فى باب من استأجر أجيرا يعمل له فى بيته وقالوا واستأجر خياطا يخيط له فى بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك

(قوله فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح لعله سهو والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه فى أول هذا الباب قال فى الكافى فمالم يسلم كله لا يجب تسليم شئ من الاجرة كما فى البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقى شئ من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التى تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذى خاط بعضه (قوله وجوبا) أقول يعنى فى الذمة (قوله الا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقدرنا بما ذكرنا) أقول يعنى قدرنا استحسانا

(الا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للدوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب الى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضا حيث قال وعلى هذا الخياط يخيط له في منزله قميصا فان خاط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلما العمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاطه في غير بيت المستأجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا

قال (الا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء الى حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضا الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وذكر الامام قاضيخان ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا أيضا في غيرها ولكن نقل في التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أما أولا فلانا لا نسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضا اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا نعم ليس بشئ أيضا من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجرة كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعا المنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر

ما استوفى

(١) قوله أو للدوامل هكذا في نسخ التكملة بالدال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المعجمة والهمز فليحرر اه مصححه

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني أن فراغ العمل عماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل

بالاخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم

ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أو لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضا ولانه قال لما بينا ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فأنى يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جميع ما ذكره صاحب العناية ههنا وهم محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيكه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما ان للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكمين أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

قال المصنف (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

في دفعه باناله يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ) أقول الحمال أجير مشترك ويستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول اما اذا استأجر خبازا يوما ليخبز له في بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أى قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو يجري على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام وليمة فعليه تغريفه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لانه (١٦٣) لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لم يصر لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه) أي ينضده بضم بعضه الى بعض (لان التشريج من تمام عمله) عرفا وباقي كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى

الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل عماذا يكون اه (أقول) فيه شئ وهو انه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخباز عماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أى في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة التي ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (ألا ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهما الثاني يعني أن العرف مشترك فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج وفي القاموس التشريج نضد اللبن

وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمه من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضيخان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمهما الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل اذا انقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم فصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كأن استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه و بالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

﴿فصل﴾ لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد أو لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة و يأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه و بالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

﴿فصل﴾ (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له)

التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر

﴿فصل ومن استأجر رجلا﴾ قال المصنف (ومراده اذا كانوا الخ) أقول في البزازية وان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناقض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع) لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا انتهى (أقول) فيه أيضا شئ فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال أكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري الى هنا كلامه

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

(قوله باب ما يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيتضح وجه التأخير لان التفصيل بعد الاجمال فليتأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكنا فيها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها للطبخ أو للخبز هكذا ذكر انتهى قيل في المغني ان التسليم شرط الصحة الاجارة ولو جوب الاجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لان الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة ان لم يكن مستحقا عليها حكما اما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها الا ديانة ولا حكما (اقول) وقوله بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لانها تابعة الزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى فى الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم فى استئجار كل دار و حانوت ماذكر فى الكتاب وهو الجواز وان كان الثانى فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغى أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ماصرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتى فى الكتاب ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع فى عبارة مختصر القدورى قيد للسكنى فى وضع هذه المسئلة كما لم يقع فى عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لا لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار فى التعليل الذى ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثانى فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذى ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا فى عامة المعتبرات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفى القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بدمن البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما فى استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان ما يعمل فيها الا فى بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان فى كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ماوقع فى النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان فى العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان فى العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذى هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعنى وجه الجواب ان السكنى لا تتفاوت ومالا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العينى وفى بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفى القياس لا يجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز مالم يبين شيأ من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت ومالا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا فى بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) للاطلاق (الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضي للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع في الحال الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضي

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والربط والعمل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء (الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد لانه يوهن البناء وفي الجملة كل ما يتضرر به البناء ليس له أن يعمله فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ويتقيد به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والنصب بأنه مفعول به ويتقيد به السكنى دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهي الارض الخالية من البناء والشجر (ليبني فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي) فيصح بها العقد

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا ينبو عنها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيما رأيناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي في تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضي للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

(قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتقاني ولكن بقي ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضا بل لا بد مع ذلك ان يدرك باللغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال في البدائع في تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة قد

(واذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلأن الارض اما أن تنقص بالقلع أولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستأجر أولا وان شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله أن يتركه وان كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل الى أن يدرك لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستأجر ولو تركنا الارض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصير اليه وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) اذا استأجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيأ بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء وان كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا

(ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة (فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر لغيرها أيضا فلابد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل كلا الامرين أما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما الى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكأن صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلابد من البيان نفيا للجهالة ولابد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلابد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر اما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيأ أو زاد فعلى هذا اما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا

(قوله وان كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وان شاء رضي بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انفهامه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول آنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد تتفاوت السكان أيضا فان سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذى يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما فى النهاية من التطويل وقول المصنف

(وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس فى اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذى يضر بالبناء والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الاول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها يحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون أضر بالدابة فان الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها

ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه الركوب معين اما نصا حقيقة أو تقديرا (وان سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله فى الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو ما هو (أقل) ضررا (كالشعير والسمسم) فانهما اذا كانا خمسة أقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر فى النهاية أن فى الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جاز له ذلك (لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعنى به اذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعنى به اذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) اذا كان مثلها كيلا لانه أثقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه فى موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفى الوجه الثانى يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفى الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب فى جميع هذه الاوجه كذا قالوا * ثم اعلم أن الشراح افترقوا فى تعيين أن المراد بقول القدورى فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء أى وجه من شائك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبى الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثانى وهو أن يقول على أن تركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدى والامام أبو نصر الاقطع فى شرحيهما لمختصر القدورى وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثانى كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعنى قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثانى فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثانى لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز فى الوجه الاول انما هى تعين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافى معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثانى ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل فى الضرر وأما مثال ما هو مثل فى الضرر فكما اذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة

(قوله أو تقديرا) أقول كما فى الوجه المذكور فى الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعى أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة فى الضرر فالجواب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لانه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى أن يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثلها يطيق حمله (وأما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحمل عليها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأجيب بأن الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لانه في الاركاب متفرد مخالف من كل وجه وفي الارداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

أقفزة حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو وبذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهي فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن مازاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان حمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد اتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أى جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى اوضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابى حنيفة القول بالموجب أى سلمنا أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور فى الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهى على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ فى معنى هذا الوضع فنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد ردا الى نائب المالك الفعل

قال (وان كبح الدابة بلجامها أوضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابى حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك

لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا أن قوله ولان الآدمى غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبى الذى لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمى فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمى غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه فى اعتبار عدد الراكب فى الآدمى لا الثقل هو ان الآدمى مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلوانى هذا الذى ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا فى الصبى الذى لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا فى التتمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر فى عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الائمة الحلوانى ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافى ولان الآدمى لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمى غير موزون نقله الشارح العينى وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافى أنه لا يمكن أن يوزن الآدمى بالقبان أصلا وهل يوجد فى العالم من الممكنات القائمة بذاتها شئ لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء فى كل من جانبى السؤال والجواب أما فى الاول فبأن قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما فى الثانى فبأن قال ولعل الاولى أن يقال أى الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفيه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح فى العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فاراده ذلك منه عين التسامح فى العبارة وأما الثانى فلانه لو قال فى تفسير المعهود أى

(قوله وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أى الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أى الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير فى قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أى بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح (قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل فى هذا التعليل

والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لامقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ماهو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد رد اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك أو نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح متبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لامحالة (قوله وهذا) أى الاجراء على الاطلاق أصح (ومن اكترى حمارا بسرج) فاستعماله به موافقة فان نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو اكاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر أولا وكذلك الاكاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره أى من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذى عينه صاحبها اذا كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائدا عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا

وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لامقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا

الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا ليس بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر في تبيين المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لامقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود) فانه لما جاوز الحيرة صار

(قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن بصدده ثم قد يكون المستأجر الذى فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فان مراد القائل انه اذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد الى يده ولا كذلك العارية فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن اكترى حمارا بسرج الخ) أقول اذا استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من اجارات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع الى سرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذى عينه صاحبها فتأمل

(وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا فى السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال عوضا من وذكر فى الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس فى المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفى رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا فى معنى قول أبى يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه فى الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثى قيمتها واليه أشار المصنف فى الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة فى الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابى حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما اذا سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

(وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا فى السرج وهذا أولى (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة وقالا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة فى الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابى حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا

غاصبا للدابة ودخلت الدابة فى ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا فى الكافى وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأجيب عنه فى النهاية وكثير من الشروح بأنا نزيد فى المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحد هذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال فى العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافى دون الحقيقى فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما الا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما فى العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لانه ورحمته بالنظر الى ما نحن فيه ثم قد يكون المستأجر الذى فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه فى حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد شئ منهما فلو ورحمة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب فى النقض هو المستأجر الذى استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلاص فى الجملة لتصحيح ما فى العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافى كما نبهنا عليه من قبل قال فى النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية فى حكم الضمان غير مستقيم لان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فان التقييد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجر اذ لو لم يكن له في استعمال العين نفع لما اختار استعمال العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيأ بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي مدعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه

وقوله (كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو اما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو أقل منه لوجب الاجر لانه موافقة أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات

(قوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الحنطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر المثل

(قوله لان صاحب الثوب الخ) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعدما علل بقوله لقصور جهة الموافقة أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

(قوله وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد؛ قال في المحيط البرهاني اذا تكارى دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد وللآجر فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يمتلئ بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يمتلئ واصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيخان انتهى ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكين كما سيجيء وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليتدبر والله الهادي (قوله بالغا ما بلغ) أقول لانتفاء المرجع ثمة

وقال زفر والشافعي يجب بالغاما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لاتتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها الا أن الفاسد تبع له ويعتبر مايجعل بدلا فى الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة فى نفسها وهى الموجب الاصلى فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغاما بلغ كما صرح به فى الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام فى قوله فى الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بلغ نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان اه كلامه (أقول) فيه شئ أما أولا فلأن قوله والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدورى فى مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام فى قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر فى مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين و وقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام فى قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك فى البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام فى تصحيح كلام القدورى وأما ثانيا فلأنه لو كان اللام فى القول المذكور للعهد وكان المعنى ماذكره لزم أن يكون المذكور فى باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو مافسد بالشروط وأن يكون حكم باقى أنواعها وهى مافسد لجهالة المسمى ومافسد لعدم التسمية بالاجماع ومافسد بالشيوع عند أبى حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا فى مختصر القدورى ولا فى البداية ولا فى الهداية ولا فى عامة المعتبرات وهذا مما لاتقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلأنه ان اندفع بجعل اللام فى القول المذكور للعهد ماقيل على الوجه الذى ذكره يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط مالا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب على المستأجر هنالك أجر المثل بالغاما بلغ صرح به فى فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التى صرح بها فى المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب فى الاجارة التى فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندى ان اللام فى القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لاحاجة الى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لايجاوز به المسمى اذا كان هنالك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هنالك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لايمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضى الحد المعلوم فيلغو أن يقال هنالك لايجاوز المسمى بأجر المثل فصار ملخص المعنى أن الواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل الا أن يكون هنالك مسمى معلوم فحينئذ لايجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغاما بلغ ان لم يكن

يجب بالغاما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالاعيان وانما أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورى يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضى عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها مايثبت فى الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغاما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغاما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى مازاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ماهو الاقل من أجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم فى نفسه وهو أى القيمة هو الموجب الاصلى وانما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

قال المصنف (لان الفاسد تبع له) أقول ينبغى أن يكون ههنا مقدمة مطوية مثل أن يقال ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد وفى بعض النسخ الا أن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصور ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقض بحضر الآخر أولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا أن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الا أن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما مالا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

هنالك مسمى معلوم ووجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هنالك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شئ من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر الآن عقدها قد تحقق في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصور ترجيح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح

في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما عداذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانه أن موضوع الاجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضى في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أودنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحسانا الى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة في وضع هذه المسئلة فان محمدا رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل آجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره في ذينك الطريقين

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب (كما فى الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذى يتعقب نذره مالم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالى ليست بمحل له) توضيحه ان الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أى يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) فى الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف ان الاول بالايام والباقى بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل مابقى من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابى حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثانى فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبى حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقى بعد الاول والاخير بالاشهر لم يعرف فى الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال فى كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتواسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء فأشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالى ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هى الاصل (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

أيضا عند أن ينقضى الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثانى وان كان التكلم بالفسخ فيهما فى خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات فى وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى هذا غاية ما يمكن فى توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعى رد على من قال من المشايخ فى تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال فى شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزيلعى لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد فى كل الشهور والاجماع دليل قطعى والدليل الذى خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظنى لا يصلح لمعارضة الدليل القطعى أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعى فى مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هى الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر فى البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد فى رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية فى تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العينى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور فى المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور فى مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف والصواب فى تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالى ليس بمحل له فتبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أى يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم فى شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرها في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا الان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام أخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضى الله عنهما والحسن والنخعى رحمهما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهى في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبى هريرة رضى الله عنه فأتاه رجل من الانصار فقال ان لى ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحى من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لى عيالا وحجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل) أى ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستئجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس) رواه البخارى (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستئجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استئجاره بالاجماع

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة

هو أول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أى يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقى وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفى وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول

قال المصنف (وهو أن يؤجر فحلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كاطلاق المرسن وارادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل أى ضرابه وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فحلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الاكراء على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أى ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العسب يقتضى أن يكون العسب بمعنى الضراب فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الاجرة عليه) أقول أى المراد من عسب التيس يعنى أن المضاف مقدر وفى الصحاح العسب الكراء الذى يؤخذ على ضراب الفحل ونهى عن عسب الفحل تقول عسب فحله يعسبه أى أكراه وعسب الفحل أيضا ضرابه ويقال ماؤه

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للعلماء عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لابد لهم من أمر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهي لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الامن الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لانه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه تسكب

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي) لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الامن الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجي عن أبيك واعتمري فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احدى الشاتين لامته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان أريد ان للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤل أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستئجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثانى أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أى التمكين هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكن (والتمكن فى المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله (وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من شريكه ووجهه أنه اذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب أن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفى شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل فى الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبى فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه فى الشائع غير متصور والشريك والاجنبى فيه سواء وأما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك وقوله (والاختلاف فى النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف فى السبب غير معتبر اذ اتحد المقصود وعلى أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به التمكن ولا تمكن فى المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشئ يسبقه ولا يعتبر المتراخى سابقا وبخلاف ما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف فى النسبة لا يضره على أنه لا يصح فى رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبرات الا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخى سابقا) هذا جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كذا فى العناية واعترض بعض الفضلاء على ما فى الهداية وعلى ما فى العناية أما على ما فى الهداية فبأن قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال فى التهايؤ وأما على ما فى العناية فبأن قال يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه اهـ (أقول) كل واحد منهما ساقط أما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبى حنيفة ليس بمبنى على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبنى على ان قولهما أو بالتهايؤ فى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ يقتضى جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعنى وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أى لعدم الانتفاع به على الوجه الذى يقتضيه العقد فلا يرد شئ (قوله وتقريره لا نسلم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة فى السند قال المصنف (وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال فى التهايؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشئ بما يتأخر عنه ثبوتا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه فى الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف الشيوع الطارئ) بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فان قيل لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن (١٨٣) بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق ظاهرا) أقول خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ (قوله الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوع الطارئ بأن يموت أحد المؤاجرين بعدما آجرا دارا لهما من رجل مثلا وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء في جعل المعقود عليه الغير المستأجر وقوله لانها عقد لازم يريد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان لكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه يومئ الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول يوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فمات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الحي وان كان ذلك حال بقاء العقد

وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه أصلا وأما الثاني فلأنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ عما يتأخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أن ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هنالك (قوله وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هنالك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تمهيدا لما بعده (قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلأن قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

طوى

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه أحد فان الاصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وأن العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيأ فشيأ وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها الصبي واللبن يقع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وشرح قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هنالك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا ترى أن الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورداعلى صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني لشمس الائمة (قوله فجعل العين المرئية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبث له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر الى قوله ولا يتشبث له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبغ

واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

(قوله واذا ثبت ماذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيأ فشيأ مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية فان العارية ان ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية ان يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والآخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيأ فشيأ أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدي شيأ أما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه وأما الصورتان الأخريان فلان المعنى فيهما وان كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لا ان شيأ من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يداه (قوله واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ماذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ماذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استئجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ماذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

(قوله قوله واذا ثبت ماذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين الخ) أقول ولعل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يأبى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتأمل قال المصنف (وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي فتأمل.

وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك (وهذا) أى جعل الاجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أى تأجيل الطعام المسمى أجرة (لان أوصافها) أى أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أى أوصاف أثمان من وجوبه فى الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه فى السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع أى سمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعى الا أن التقدير لابد له من قرينة فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة لذلك

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فى ذلك اللفظ أى لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعى حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما منه والا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا وجه لرد الثانى وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعوليها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى بالطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أى من ذنب وبغاه الخير أى بغى له وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثانى فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة فى كل واحد من المعنيين أو حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف فى علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح فى شرح قوله أوصافها أى أوصاف الطعام على تأويل الحنطة اهـ (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام

والحق

(ويشترط بيان مكان الايفاء) اذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلاف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها الانه فان قيل الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شئ لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا بعينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(ويشترط بيان مكان الايفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلاف العمل

والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيل الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا ايجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعها الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشئ الا أنه يأثم انتهى وفي البزازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر فيها له الاجرة الثانية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بملابسة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شئ لم تضمن الظئر شيأ لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأثمت بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها بأجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا آجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحد في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لاجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان أجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنها ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الوحد اهـ فقد ظهر ان

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاماله بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لالانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لاعموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعنى المعنى الفقهى في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسلم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره) واذا ثبت فساد العقد كان للحائك أجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لالانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه اه (أقول) ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضى ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضى أن يطلقه على المزارعة وهى في معنى قفيز الطحان من وجه أى من حيث انها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أى من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هنالك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسى وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلوانى وأستاذه القاضى الامام أبي على النسفى كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسى قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلوانى وأستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

(قوله لا لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مسامحة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهى لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه (قوله فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل وكيف القفيز بعد الطحن شئ آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعى فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل

ملك الاجير) الاجرة (في الحال بالتعجيل) لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا طعاما (مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لا يجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتعجيل الخ) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسألة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسألة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسألة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ان ههنا مسألتين احداهما ما اذا استأجر رجلا ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسألة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجير في الحال و بين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول أنه ملك الاجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني أنه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شئ من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني و يدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسألة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الجمدي حيث قال وأما في المسألة الثانية وهي ما اذا استأجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار تسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شئ من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل في شئ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الجمدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا اه كلامه (قوله لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا

بالنصف الآخر أو يحمله مسألة أخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر

والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر أن وضع المسألة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض [illegible]

(ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان مامن جزء يحمله الا وهو [illegible] فلا

[illegible] فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على [illegible] ثم رأيت من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى) وهو نصف الحطب (هنالك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهو بينهما شريكان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه

في أسرع الاوقات والحمل على هذا مما لابد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الاجير أجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هنالك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الراعي (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسئلة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار لما قدم منهما في كون الاجير خاصا أو مشتركا فليتأمل

وكذلك بينهما وبين الثانية فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على أن مراده التعجيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الإجارة لأنه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكأنه قال إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الإجارة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فإن استأجر أرضا على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى إلا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وإن شرط أنه يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالتثنية إن كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لأن الزراعة (١٩٢) لا تتوقف عليه وإن كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كري الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الأنهار العظام هو والصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل دون الأول (وإذا استأجر أرضا ليزرعها بزراعة أخرى إذا لا يجوز أصلا وكذا الإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لأن المنافع بمنزلة الأعيان

قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فإن اشترط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل قال (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الأعيان

بلا ذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولأن بالواو انتهى (أقول) ليس الأمر كما زعمه فإن قوله لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح إنما قيد بهذين القيدين أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لأنه

(قوله وكذلك بينهما وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الإجارات وفي آخر إجارات الأصل إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا إلى الليل فهو فاسد ذكر المسألة من غير ذكر خلاف فمن مشايخنا من قال بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة إذ لا يتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قولهما وما ذكر فيما تقدم استحسان على قولهما إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خبير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول لكونه وصفا مطلوبا قال المصنف (لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولأن بالواو (قوله فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خبير بأن الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعته إلا به (قوله دون الأول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الأنهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي تقدم في البيوع (والى هذا) أي الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروى ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجنائي فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجنائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء مايكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بماليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ماتصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لايقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا أشار محمد

اذا شرط أن يكربها مرتين في موضع لاتخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرجه بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لايكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لاتتأتى زراعة الا به انتهى (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لايكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لاتتأتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلا للمستأجر لا لان له نفعا فيه والا لايتم التقريب كما لايخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ماحكي ان ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أي بأجرة هي دين على المؤجر) أقول يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه دارا بذلك الدين الذي في ذمته

(قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدر أي مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ) أقول الانسب أن يقول يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذ لامجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمي لو سلم يورث شبهة في الالحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لو سلم لانه يجر الى مذهب الشافعي ظاهرا (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ماتصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها راجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقا آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لايتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لايقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ماذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمهما وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد فى جوابه
انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الحنائى فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى
كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل
و يقول لا برهان لكم عليها كذا فى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر فى عامة
شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية فى هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول
ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى ان النساء
انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس
بموجود بل يحدث شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه
ويحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة
وفيه نظر لان فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وهى ليست بمحرمة والجواب أن
الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام
فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما
وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب عن الوجه الثانى بحث من وجهين الاول
انه اذا أقيم العين مقام المنفعة فى أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود فى الحال
معقودا عليه فى العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد فى العقد
ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثانى أن هذا الجواب ينافى الجواب المذكور عن الوجه الاول لان
مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك
الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التى تتأخر وتحدث شيأ فشيأ فكان بينهما
تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن
الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثانى على الحكم فلا تنافى بينهما قلت فى جعل الحكم الاول
مرتبا على الحقيقة والثانى مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل
الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهى وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما
أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان
المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك
لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه ان أراد بالمعقود عليه الذى ردده ما هو المعقود عليه
حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثانى من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه
غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم فى كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه الا انا
جوزناه لحاجة الناس اليه فأقمنا الدار مثلا مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
كما مر فى صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان أراد
بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله
فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود
عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض
الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه
يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو
جائز بالاجماع فليتأمل (أقول) هذا فى غاية السقوط اذ ليس فى مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ

بالكالئ أجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تجيء البتة ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندي لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد واذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهي استشكاله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا فقوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فبأن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما حوله من غير مبادلة انتهى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما حوله من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هنالك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بأن يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكلام من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندي

للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وفرق بين هذا وإجارة المشاع فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هنالك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما ههنا فانه متعذر أصلا فلا يجب

(قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان البيع تصرف حكمي) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيأ هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهلا يصير ذلك الزاما علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هنالك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه ههنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندي أيضا أنه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيأ في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر بحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيأ في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

(قوله أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول في هذا الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولا معه صاحب

و يكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هنالك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول واللازم العوض والمعوض في شخص واحد

وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هنالك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك علك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (١٩٧) فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض أكثر من غيره)

كالذرة والارز فان ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شئ يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

صاحب العناية وللقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شئ وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تنقضي حاجته بل انما تنقضي حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها الان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في المبيع) أقول الخياطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول في دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت فى حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل مايحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه)

استئجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر فى صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو فى عين العبد لافى منافعه لان المنافع مما لاتقبل الشركة على مانصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه فى استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شئ فى حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أى منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لافعلا كالحمل صح ايقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك فى تلك الصورة أجيرا مشتركا و يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى ان لا يصح ايقاعه فى الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله و بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه فى العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يومئ اليه اقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما فى النهاية وقوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففى كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التى وقع عليها العقد فينبغى أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة فى المشاع لايقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعى واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله و بخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعنى ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسى لايتصور فى الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتأمل فى التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل عليه مايحمله الناس فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة (فالعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لاحكم للفاسد بنفسه لان مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

قال المصنف (وفى القياس لايجوز) أقول قال الكاكى أى لايجوز العقد أى لاينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفى شرح الشاهان أى لايجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال فى النهاية بأن باع أو آجر الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفى شرح الشاهان والدياس انتهى

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ماذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اه كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ماذكر من انقلاب العقد الى الجواز و وجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ماهو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل و يرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد اه هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ماهو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لجواز أن يكون ما زرعها مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا وهذا مما لا سترة به فالكلام الفيصل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور رأسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضي الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به أو لا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ماذكر في معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى) وفي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور أجيب بأنه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع فى ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهى الضمان فذكرها فى هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان اه ولا يخفى على ذى فطنة ما فى تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهى الضمان انتهى فان ضمير هى راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثانى ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثى وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعنى به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو فى كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثى يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى فى شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أى مؤلم على رأى وقال وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزى فى المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم فى أنه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح فى خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيأ من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك فى المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره لكن اللام اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شئ لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا

لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفرد الايصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الامن شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذلا يمكن العمل الابه) ولاحفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر) فانهما يقولان انما تصور المسئلة في حافظ الامتعة بأجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان مانحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٢٠١) (بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وماتلف بعمله كتخريق الثوب من دقه الخ) وماتلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لاضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك مايدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الوحد ومعين القصار

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الامن شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذلا يمكنه العمل الابه فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف مالا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين أمانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وماتلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لاضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العينى لم يظهر وجهه

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندي فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندي أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار (قال المصنف (لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) أقول قال الزيلعي وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ماضاع على يده وعن على رضى الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البزازى معناه عمل في كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى فكانه أراد بالصلح مجازه وهو الحط وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام أما أولا فلأن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وجه الضمان وجودا وعدما والا أى وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا اذ لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا فى بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغى أن يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشترك وأما ثانيا فلأن الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هنالك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هنالك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه فى تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعنى تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤل عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا أن هذا تعريف للخفى بما هو أشهر منه فى فهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه فى باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب خلل أما أولا فلأن قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا أن هذا تعريف للخفى الخ وأما ثانيا فلأن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر فى التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلأن المذكور فى باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هنالك سبب استحقاق الاجير مطلقا الاجرة فى معان ثلاثة هى شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال فى توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين فى النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق فى باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصل الجواب فى الجملة كما ترى

ولكن

ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق فى ذلك الباب ماذكرهنالك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به فى النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام للاجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ماذكرهنالك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله فى تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدورى وذكره فى مختصره ولم يذكر معه شيأ آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده فى البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور فى الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيأ يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذكر معه شئ يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذى هو المعرف فيلزم الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد فى الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك و يحتاج الى نوع عناية فى دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجئ فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر وكأن الامام الزيلعى تدارك هذا المعنى حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعنى الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ و يؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعنى قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض و رأيه فى هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل فى التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تحقق فيما اذا كان الاجير خاصا أيضا فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر فى أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر فى العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر فى العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه فى النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم فى الثوب والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لا غير ولا شك أن ها تيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر فى العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هنالك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا فى الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله كما مر هنالك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى فى التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لان الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر فى البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه‍ (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية وللملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اه‍ وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

ولنا ان الداخل تحت الاذن أى الامر ماهو الداخل تحت العقد لان الامر انما بالعقد أو لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه) أقول قوله الذى صفة للاثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده وللملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

ولو عال بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم (و بخلاف الاجير الوحد على ما نذكره) وقوله (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فأوجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فإنه (من قلة اهتمامه

و بخلاف أجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين اه (أقول) هذا لا يجدي شيأ لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا الحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو عال بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضررا لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فأوجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيأ كما مر ووجه التعدي فيما نحن فيه على

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هنالك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعثار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه

أقول الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمين (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدى عند الكسر فصار أى الجهتين شاء فان اختار الوجه الثانى فله الاجر بقدر ما استوفى من الحمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس فى رواية القدورى وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما فى الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنه اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أى السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الألم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور ولم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين أن الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه أجيب بأن محمدا قال فى النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وأن لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا وهو مخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجئ من المصنف التصريح بوقوع التعدى فى المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه فى الاحكام (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر فى مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر فى مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور فى احداهما مذكورا فى الاخرى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك فى البيان عبارة الكفاية فانه قال فيه الان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع

(قوله فلانه اذا انكسر فى الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما فى الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكر فى الروايات يفيد نفى الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفى صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أى ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٢٠٧) ما اذا فتقه أجنبى لانه بفتق الاجنبى لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف فى يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى (أما الاول) وهو ما اذا تلف فى يده (فلان العين أمانة فى يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس) فانه يقبل أعيانا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه (والاجير الوحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير المأمور) أى الاجير (نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

قال (والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وانما سمى أجير وحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة فى يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثانى فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما فى الجامع الصغير فلأنه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن اهـ كلامه (أقول) فى بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذى فى عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ان فى كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور فى كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فانه قال فى مختصر القدورى فيما عطب من ذلك وقال فى الجامع الصغير فنفقت وفى كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما فى مختصر القدورى صرح فى ذلك مما فى الجامع الصغير فان أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اهـ (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هنالك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دورى لا يتمشى ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكأن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن فى تحريره أيضا ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها ولا

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعنى نقضه أجنبى (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل فى المودع بأجر وهو ضامن لما تلف فى يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها) أقول فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء فى الحفظ والاظهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهى الاستحسان فى أجير الوحد فبقى على القياس

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم

بأخذ الامانة قدر على حفظه كذا في العناية أخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وماذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر أن ماذكرهنا حكمة حكمهما بضمان الاجير المشترك وماذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمهما بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ماذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ماذكرهنا وماذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشئ اذ ليس فيه شئ زائد على ماذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل

(واذا قال للخياط الخ) اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء أما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا ليس هذا تعليقا لعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاء زيد فقد آجرتك داري بكذا وهو الذي لا يقبله العقد في ما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فني أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ماذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لوخاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأخير مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لوخاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلا اليوم في مسئلة أن يستأجر لخبزه اليوم كذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول آنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شئ بل حقيقته التعليق لمكان ان وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله آنفا من أن ذكر اليوم للتأقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات

ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هنالك وهو يصحح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هنالك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هنالك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أي الاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأي عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجويز ذلك المعنى ههنا افساد للدليل أبي حنيفة بل لمدعاه أيضا فكأنه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهما يقولان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات

قال المصنف (ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قيل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرف ثم لو جعل المناط من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاد له في الاجر متى حط في اليوم ونقص متى أخر وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريبة ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل وفي كتاب الصرف في مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا في شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مرارا

ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل (وحينئذ تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد

العقد وههنا للتعجيل وصححه وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد وورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشتركا ان كان وقع ذكر العمل أولا وأجير وحدان وقع ذكر المدة أولا صرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا فأفسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب وورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الامالي ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه فيجب أجر المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية في الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتيم جدا على قول أبي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد واني تتبعت

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة خاصة كما فى نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية فى الدار والدكان والتسليم فى العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أى قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا أى كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أى اسكانه الحداد لا يدخل فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها (قوله والاجارة جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ) وتقريره أن الاجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به

وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبى حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى أنه لا يدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة

عامة المعتبرات ولم أجد فى شئ منها ما يدل على صحة العقد فى الصورة المزبورة عند أبى حنيفة بل وجدت فى بعض منها التصريح بعدم صحة العقد فى تلك الصورة فان الامام الزاهدى قال فى شرحه لمختصر القدورى نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى نعم قد قيل فى الكافى وكثير من الشروح فى اثناء بيان دليل زفر فى المسئلة التى نحن بصددها توضيحا لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو أفرد العقد فى اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور فى دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على أبى حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينتقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظر اذ قد تقرر فى أول باب الاجارة الفاسدة أن التسمية فى الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفا لما تقرر (قوله أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين

(قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب فى جهالة المسمى أجر المثل بالغا ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم فى العبد) أقول فيه شئ وكان الظاهر أن يقال والتسليم فى الدابة

ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين المتيقن به

﴿باب اجارة العبد﴾

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين المتيقن به) يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به (أقول) القائل أن يقول لو جاز الاخذ بالاقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ووجب أقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

﴿باب اجارة العبد﴾

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا أصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة للجنس ألا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد

(ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن).

﴿باب اجارة العبد﴾

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى ظهور وجهه بانحطاط درجته

﴿باب اجارة العبد﴾

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي ... واجارة الغير اياه ذكر استطرادا وقد يقدم الذكر ما ذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذا المستأجر وأجيب بأن المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أي نفسه وقال واجارة الغير انما ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلأن الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا تقبله فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لاشك ان في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولاريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجيها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبة أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضته (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر الخ) أقول في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكان الخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكر في صلح الاصل انه من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأفنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر عبدا للخدمة ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأفنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي يفرق بين مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكي عن الفقيه أبي اسحق الحافظ أنه كان يقول لا رواية عن محمد في فصل الاجارة فلقائل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل لان

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه فى الاجر فالمستاجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو
على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان
المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول و يلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال
لانسلم أن المستأجر فى منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس

المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه أودفع ضرر مؤنة الرد على ماذكرنا يوجبه (ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لايتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الاجارة (قوله فلابد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة فى الحضر عرفا لايبقى غيرها داخلا كما فى الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا

ولهذا جعل السفر عذرا فلابد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه فى الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد فى باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا مالم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية فى الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهى قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول و يلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر فى منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بمكان و زمان فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه أودفع ضرر المؤنة على ماذكرنا يوجبه انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لاشك ان المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو أيضا انما يملكها بعقد ضرورى هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل فى اطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر ومدار الثانى على ان كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة فى الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما فى الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين فى الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة فى تعليل هذه المسئلة على ماذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام فى مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد وربما يربو ذلك على الآجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا فى المبسوط والذخيرة

(قوله لان المنفعة فى النقل كانت له) أقول يعنى كانت للاجير (قوله وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها بالمسائل انه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلابد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والا فالفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل فى النهاية (قوله ويلزمه) أقول أى يلزم الآجر (قوله وليس المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل) (فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترده منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضارا على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا اذا آجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت (٣١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولابي حنيفة أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بأنه تابع للام لكونه جزأ منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسألة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة لانه المذكور أولا والمذكور أولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا بالجواز) وذلك لانه لما قال شهرا بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا بالجواز كما لو قال استأجرت مثل هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظرا الى تنجز الحاجة)

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن) لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده (وان وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما بأربعة) لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا بالجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة

انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسألة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسألة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسألة بعد ذكر المدة ثم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسألة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا أرى له وجها صحيحا اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا بالجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

(قوله أجيب بأنه تابع للام بكونه جزأ منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزا في حق المالك

فان الانسان انما يستأجر الشئ لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلى العقد والثانى معطوف عليه ينصرف الى ما يلى الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر نحصلا قوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر و يستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف أشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه و بيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه فى المدة ولكن تعارض كلامهما فى اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهى فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا الخ) أقول فيه بحث فان المصنف انما يستدل بتنكير شهرا لا بتنكير شهرين فلا مساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحدا بهذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا كما فى الكتاب فجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب بأن المذكور) أقول المجيب هو الامام حميد الدين الضرير فى حواشيه على الهداية ثم قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابى والاسبيجابى والمعينة فى الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين بل فيه اذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجد له مخلصا سوى هذا انتهى و يقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسألة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المآل من حيث ينصرف الى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت فى المبسوط والجامع الصغير للعتابى وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل فى كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة و يحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير فى أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شئ ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضى أن يتعين الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة لاحتمال أن يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة دون العكس بالتعليل الذى ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلانه لو كان المذكور فى الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبدا فى قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذى استأجره هو العبد الذى آجره المؤجر منه على أن كون اللام فى قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر فى العقد وليس ذلك بلازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور فى الكتاب على قول المستأجر لا يقتضى تعريف الشهرين فى هذه المسألة

باب الاختلاف فى الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيأ لو أقر به لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه * ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين فى تقريره هذه المسئلة مخالفا لما وقع فى عامة الكتب من تنكيره ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكيره ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهر أو شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه فى رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير واعاد ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المآلى حيث ينصرف الى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وانه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل * ثم أقول بقى ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش فى صورة ان كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور فى الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة فى باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة فى الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير أيضا فى هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف فى الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار) يعنى به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا فى الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هنالك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا فى أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء هذا خلاصة ما فى النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التسمية غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدى مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدى على زعم الاجير

باب الاختلاف فى الاجارة

لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان فى الاجارة فى نوع المعقود عليه كالقباء والقميص فى الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لانه أنكر ما لو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف فى الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول فى الشرح الشاهانى أى لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة فى قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بأن هنالك اتفق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا فى ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنهما مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الا فى الاعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء وذكر فى بعض نسخ القدورى يضمنه أى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعنى قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون فى عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم فى الغصب كذلك وان اختلفا فى وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول

لصاحب الثوب عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفا له أى خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الاجر والافلا لان سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا الاستحقاق لا الدفع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفا له) أى خليطا له (فله الاجر والافلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ففى وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أى الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد فى الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهذا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعنى ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف فى الاصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب فسخ الاجارة﴾

﴿باب فسخ الاجارة﴾

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هنالك اتفق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلتين ما سيجىء فى الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمد ان كان الصانع معروفا الخ) أقول قال الزيلعى والفتوى على قول محمد انتهى وما فى النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما فى شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدى الشيخ الامام المحبوبى سقى الله ثراه فى شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال (ومن استأجر دارا) فسخ الاجارة لعيوب تضر بالمنافع التى وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعى فاذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبد الخدمة فذهبت كاتا عينيه وأما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن شاغلا فيه فى السكنى أو ذهبت احدى عينى العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع فان المشترى اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض

أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر فى كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه اشارة الى أن عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ و) صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه اباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أورده استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور فى المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث الاجرة

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيأ فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الاباق فى البيع قبل القبض وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) قال فى العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور فى المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر فى أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال فى الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة فى حال حياته بتعجيل الاجرة أو بشرط تعجيلها فالتعليل الذى ذكره صاحب العناية وان تم فى حق المنفعة لم يتم فى حق

(قوله لانه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل مخل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبنى على الفرض والتقدير والمعنى لو بقى العقد يلزم أن تصير المنفعة التى ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد فى قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر

وأما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصى والمتولى فى الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا اليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور فى المنفعة والاجرة المملوكة فانه فى الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقى بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة فى وسط الطريق فان للمستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى فى وسط المفازة ولا يكون ثمه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمه دابة أخرى يحمل عليها امتاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات فى موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافى البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضرورى والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاوانى ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم فى مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذى انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) اذا استأجر دارا سنة على انه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفى أحد قولى الشافعى لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت فى الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين فى البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروى لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه فى المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح

(وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما أشرنا اليه من المعنى قال (ويصح شرط الخيار فى الاجارة) وقال الشافعى رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه فى الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والاظهر فى تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع فى الكافى وكثير من الشروح سيما فى النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما فى موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تتجدد فى حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد فى ملك الغير والطريق الآخر فى موت المستأجر أنه لو بقى العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه فى المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث فى الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه فى الوقت الثانى والمنفعة الموجودة فى حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتى تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا فى المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعى لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول فى هذا الدليل للشافعى شئ وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى فى النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شئ من المعقود عليه بمضى مدة الخيار كما نبه عليه فى الكافى والشروح وفى العقد على العمل لا يتلف شئ من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى فى بعض من النوع الثانى وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وانما كان فواته فى الاجارة لايمنع الرد وفى البيع يمنع لان رد الكل فى البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أى ولان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة) لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعى قال فى المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أولم يطالب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمتنع من القبض فى بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك وقال الشافعى رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقى بناء على الاصل الذى بينا ان المنافع عنده فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ماتناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعى لاتفسخ الا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لايفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى) المجوز للفسخ (يجمع) الاجارة والبيع جميعا (وهو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعى محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برأت فانه لايجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لامحالة لان فى المضى عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقى ثم ذكر اختلاف الروايات فى الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أى قول القدورى فى المختصر (فسخ القاضى اشارة الى الافتقار اليه فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعى رحمه الله لاتفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان فى المضى عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لايقدر على قضائها الا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لان فى الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لايصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضى العقد اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين

يركبها مسافة مماشا وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثانى كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعى من عدم صحة شرط الخيار فى عقد الاجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابى بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث فى عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ماهو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ بالعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ماهو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لايلزم من أن لايتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابى فى حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لايصح القول بذلك فان القياس أحد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر فى علم الاصول فيكفى تحقق ذلك فى اثبات حكم شرعى وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي) وذكر وجهه في الكتاب (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلابد من الزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيخان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظاهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) (٢٢٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما آجر اختلفت ألفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله (أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس) قيل وقد يتحقق افلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه أو يلحقه دين كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) قيل فان قال المؤجر انه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلابد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيه فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب عقد وانما يفوته الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شئ منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد الازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به في ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شئ فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عزمت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبني أئمتنا ما قالوا من جواب المسألة على خلافه وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بداله الخ) أقول فاعل بدا مضمر والمعنى بدا له رأى أي ظهر له رأى يمنعه من السفر

﴿ مسائل منثورة ﴾

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في النهاية بالنون من هدن أي سكن وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الائمة السرخسي (قوله واذا أقعد الخياط الخ) يعني اذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس (٢٢٤) ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل

﴿ مسائل منثورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد في هذا التسبيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منثورة ﴾

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت ههنا تلافيا لما فات (قوله واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة اذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل بأبدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اهـ كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها في العبارة مسامحة اهـ (أقول) منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال

شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر أجيب بأن الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحا والمعنى ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

﴿ مسائل منثورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فان تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها في العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى للجهالة وقد يفضى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ومافيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لانه أنفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافى لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور فى عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد فى التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيأ بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس مراد المصنف بشركة الوجوه فى قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه فى كتاب الشركة وقال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ففى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف فى الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا فى شئ تأمل تقف

كتاب المكاتب

واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما فى الشركة وقوله (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا) ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيأ مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وهو عدم المانع والله أعلم

كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة الخ) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ففى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما

يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا

كتاب المكاتب

قال في النهاية أورد كتاب الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال أخرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة أخرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب واليه ذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها اخراج الرقبة للتحصيل ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكانت أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسببهما ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها (٣٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت مالكية اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الي نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اهـ (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز عما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معاوضة منجمة ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضي الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتقاني ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ولان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد انها الاخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى أنه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعتاق وأما في بيانه فلأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية في بعض الشروح حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة مآلها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا وكأن صاحب العناية حسب مجموع الكلام بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلأنه

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء

لاشك فى ان ليس فى الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالاوان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ماذكره فى شقه الثانى فلأن الكلام فى الانسبية لافى مجرد المناسبة فلاتمشية لقوله ولاتمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلاعوض بلاشرط عوض لابشرط لاعوض كاتبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق مما لايدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلاعوض بشرط لاعوض وأما اذا كان المراد به بلاشرط عوض فيعم مابشرط العوض أيضا اذ قد تقرر فى موضعه ان بلاشرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لاشئ فيصير المعتبر فى مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لااعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شئ ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات فى قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ماهو الداخل فى المفهوم وبالعرضيات ماهو الخارج عنه اذ قد تقرر فى موضعه ان الذاتيات فى الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل فى مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو مآل الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم ❊ ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذى من بينه و بينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندى ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ماذكر قبلها المبينة فى صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ماذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولايفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أوما يؤدى معناه من كل وجه اھ (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشئ بنفسه فان من لايعلم معنى الكتابة فى الشرع لايعلم ان العقد الجارى بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أوما يؤدى معناه ماذا بل معرفة الثانى تتوقف على معرفة الاول كما لايخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية فى هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه على ما يجئ على أداء العبد مالا معلوما مقابلة عتق يحصل له عند أدائه اھ حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه فقطع به الكلام فى كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر فى تعريفها الشرعى ماذكر فى الكافى والكفاية بأن يقال الكتابة تحرير يدا فى الحال ورقبة عند أداء المال وماذكر فى الوقاية وغيرها بأن يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهانى ومن تابعه ان هذا أمر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكاتبه

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفى قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه لان الامر للوجوب

واعما هو أمر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ماقيل أن لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لايكاتبه وان كان يصح لوفعله وأما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلابد من التزامه ولا يعتق الا بأداء كل البدل

اه (أقول) بقى اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال فى تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضى الله عنه هى عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضى الله عنه من أجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافى ادعاء الاجماع بين الفقهاء فى ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا أن يقال ان ماذكر فى الكشاف انما دل على ان الوجوب فى هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعى ورواية عن أحمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعى وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب فى هذا الامر وقولهم بذلك ينافى ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب فى هذا الامر فأنى يصح الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما فى قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا فى الشروح (أقول) بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ماذكره الامام الزاهدى فى شرح مختصر القدورى فى المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهما ان كون الامر للندب فى فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره ان فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا فى العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لايدل على نفى الحكم عما عداه لا ان ليس فى ذكره فائدة أصلا فان هذا لايليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهى اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ماذكر فى عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ماقيل أن لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لايكاتبه وان كان يصح لوفعله) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لايكون فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر فى علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا لا مباحا كما لايخفى

للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيان لكونه للندب وتقريره أن فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفى الحمل على الندب اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لايضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لايكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب وأما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلابد من الالتزام ولا يعتق الا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء

(قوله وتقريره أن فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة (قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لايلزم الغاء الشرط لو حمل على الاباحة

قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة (٢٣٠) من مولاه يعني بنفس العقد لأن الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله

لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق إذا أدى جميع بدل الكتابة وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر وقال الشافعي رضي الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك إذا أديته الي فأنت حر لأن الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية الرقبة الى حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وإن لم يصرح به كما في البيع فإنه يثبت الملك به وإن لم يصرح بكونه موجبه

لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروها لا مباحا فمنافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فإن قلت اختلاف الصحابة في المسألة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كي لا تأكلها الزكاة في ايجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسألة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جاز أنه ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لأنه مشترك الالزام إذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جاز أن لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسألة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف والأظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسألة بالرأي ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال إذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأي لأن استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك إن أديته الي فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الأداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الي كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا فيها عن المبسوط لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لأن موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أي أمر ربك وقوله تعالى

(قوله وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الحواشي الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا الكلام يعتق عند الاداء كذا هنا وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا تتميم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

واشكل

ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لايسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا الا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلادليل ولوسلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لايقال القران في النظم لايوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي لابد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك المال والعاجز عن التسليم لابد له من أجل يقدر به على تسليم البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لوقدر عليه لما رضي بأخس البدلين فلابد له من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت (ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لابد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لايملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لامحالة فأشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلابد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد تكرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه أن يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا

ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لايجوز حالا ولابد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ماتلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لايسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا الا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلادليل ولوسلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لايقال القران في النظم لايوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقولهم فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لايصلح أن يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران في نظم القرآن في الحكم اذ لادلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله بعده فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لادلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فان كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز هنا لا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول
والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسئلة اذن الصبي
فانه لا يجوزه لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأي
والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى
لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر) الخ
ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها (٢٣٢) فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديه

قال (ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة) لانه أتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

الى نجوم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدي عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا أديت فأنت حر وأما قوله وان عجزت فأنت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لئلا يتوهم أنه لم يملك العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قيل أي في روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (قوله

باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها اقتضت انتهى واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعا اذ لا أهلية فيه لملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيأ من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشئ من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيما بدل قوله منه (قوله لبيان ما يفيده الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ (قوله لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل

(أماالخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة فى الحال (الى مالكية نفسه) التى تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت فى ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت فى الذمة مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به

الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما قال به ابن عباس رضى الله عنهما على ما مر فاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مالك لرقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لاختصاصه بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول الى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان) فانها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لأخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبى فى حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة فى الحال الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب ينافى قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين فى الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا فى الحال والا يلزم أن يكون قوله التى تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسى قوله التى تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس نجم النجم الى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شئ للمكاتب فينتفى التساوى قلنا بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبقى محلا للتكفير كما سبق فى باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها فى العقد لا يضمن العقر انتهى وفى غاية البيان فى أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا واذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره واذا عرف ذلك (فان أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له ان أديت الي فأنت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق (٢٣٤) الا بأداء قيمة نفسه لان البدل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا بأداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لانه البدل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة انه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان أديت الي فأنت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (ان الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه الرواية

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلان القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ (قوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول ونظيره ما سيجيء رواية عن أبي يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لاداء عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى ما رضي بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ (والعبد رضي بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر

فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا لا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

(واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشئ أما أولا فلأن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروي عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد (قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما اذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير يخالف لما في شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى ما رضي بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه اشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضي الخ (قوله لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فمسلم لكن مدعاه عام وان أراد عن القيمة أو الاعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أي بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت ادراك شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فانه ان لم يرض بها امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه أما الاول فلأن الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أي ماذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى مارضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى مارضي بالنقصان عنه اه وأما على ماذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة مابلغت فيختل كلام المصنف لانه اما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى مارضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة مابلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى مارضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة مابلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة مابلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلأن قوله لان المولى مارضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة أم لا انما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فمنتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب هنالك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى مارضي بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ماقيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولا ومورد ماقيل انما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق مالم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أي لا في البطلان كما في البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة

بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ما روى عن أبي حنيفة أنه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كي لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلأن ذلك على تقدير تمامه انما يمشي في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان أديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضي فيما مع أن ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كي لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول) وهو أيضا ليس بسديد لان في التعليل عاذكراه مصادرة على المطلوب فانا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضي بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا * ثم أقول بقي شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعي وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعين لا الوجود في الخارج وكم من شئ نجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا لجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلأن لمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان أدى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق أولا قلت ذكر في الذخيرة أن الاصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما أن يجيزه أولا فان لم يجزه فاما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وبطلانه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) ان مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين

في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا ألا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اهـ فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

(قوله فان تعين فاما أن يجيزه) أقول أي يجيز العقد (قوله وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف يجري على عمومه ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جواز ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه مخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا اذا قال له اذا أديت الي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط وان كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسئلة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره بعض الشارحين على وجه

الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من أعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (واذا كاتبه على مائة دينار الخ) واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا

(فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا أديت الي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان لان ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما اذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجريانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اه ولا يخفى على ذي فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الاصل في أبدال العقود وقالا لا موجب أي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فعن أبي حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركي أو هندي (ولا الوصف) انه جيد أو ردىء (جازت ويتصرف الى الوسط) من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد

الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر الجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها أصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبناها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد والدياس أو القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما على

على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتني

النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانا لا نسلم أن شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هنالك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اه فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدار الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هنالك فلما عرفت آنفا وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتني

على المساحمة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة قال (واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المساحمة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعنى ما قاله الشافعى قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح فى الانتهاء وفى أن مبنى كل منهما على المساحمة وهذا المقدار كاف

على المساحمة وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بأن تناول الجنس لا يمنع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان تحمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المساحمة كالكتابة والنكاح قال (واذا كاتب النصرانى عبده الخ) واذا كاتب النصرانى عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر فى حقهم كالخل فى حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم تمليك الخمر لان الغرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمى خمرا ثم أسلم الذمى فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا فى البيع بحال فتفسد وتصلح

فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف أى عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة معنى والرواية فى الكتابة رواية فى البيع قال (واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا فى أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان فى العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احداهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن فى هذه المسألة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفى مسألة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقى بدلا عتق بأدائها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذى يشمل التركى والهندى وهما جنسان سافلان (قوله وفى التسليم تمليك الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتملكها المطابق المشروح ألا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه اياه كانه مشتمل عليه (قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين فى يد المكاتب قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقانى أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الا أن فى الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيخان فى شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون فى كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقى فتأمل

﴿ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق فى الحضر فتحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى

فى الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه جعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا على الشق الثانى حيث قال فأشبه النكاح فى الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح فى الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم فى محله وأما كونه فى الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح هنا سوى تاج الشريعة والعينى فانهما قالا فى تعليل قول المصنف فأشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معارضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلانه قال وهذا القدر كاف فى الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا بتام أيضا لان مجرد مشابهة شئ لشئ فى وجه لا ينافى مشابهته لغيره فى ذلك الوجه أو فى وجه آخر فشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافى مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعى عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة فى اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

﴿ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

الظاهر أن اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر فى هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضى تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضى تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم عما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله فى حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع فى بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذى ذكر فى هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعل شيأ لا ينافى جواز أن يفعله أيضا كما فى الاشياء المباحة التى يستوى فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب

﴿ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيدا لقوله

﴿ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

(قوله فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضى تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضى عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب) أقول لا يخفى عليك انه انما ذكره هنا استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدورى هنا

قال (فان شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لاتفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمه اه (أقول) لايخفى عليك أن مايصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لايتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لايخفى عليك أنه انما ذكره هنالك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدورى ههنا انتهى (أقول) وهذا الذى ذكره ليس بلفظ القدورى وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذى ذكرهنا بالواو بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فانه قال هنالك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولاشك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال فى غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها فى أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر فى البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر فى هذا الموضع فى البداية فلما بلغ فى الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر فى الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم تمكن فى صلب العقد وبمثله لاتفسد الكتابة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لاشرط فى بدل الكتابة ولافيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولافيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشىء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لايقتضى كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشىء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذ لاريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لايقتضى دخوله فيه بل لامجال لدخوله فيه أصلا كما لايخفى والذى نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط فى بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن فى صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

(فان شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فانه لم يبين ذلك بيانه ثمة (٣٤٣) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب فى الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما فى البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لاشرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أى هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلابدل

قوله ولافيما يقابله) أقول قوله ولافيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

حيثية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعنى وعدم صحتهما بلابدل (قوله وعدم صحتهما بلابدل) أقول يعنى بلا ذكر بدل

واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق) لان الاعتاق

ازالة الملك لا الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شئ وانما

أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يختص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قدم قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي في قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يختص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى (أقول) كل من شقي كلامه منظور فيه أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يختص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق وأما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤل الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من وجهي دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة ومأخذ ذلك ماذكره

يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الاعتاق (والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (والتزوج ليس وسيلة اليه) الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود أي الى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق) أقول قال الاتقاني لو قال في جانب المولى اعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجعه

(ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الا بالشئ اليسير) وكلامه فيه ظاهر والجاهز عند العامة هو الغنى من التجار وكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى الجاهز كذا فى المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعنى فى الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثانى تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضا بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع واعا قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة فى حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال فى ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضره أجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذى يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيأ جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الاعتاق على مال) فانه لا يملكه فيوجب للثانى فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له فى الحال بنفس القبول من غير توقف

على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان آدى الثانى) يعنى ان أدى المكاتب الثانى بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثانى) لتحقق شرط عتقه (وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لان الثانى مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثانى ملكا للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل فى الاستئمان على مواليه (فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقا (أضيف اليه) أى الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيأ) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا) مباشرة حكما لما أن العقد انتقل اليه لعدم أهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمه مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثانى) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى لان مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصى ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثانى قبل أن يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه فى الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما فى العبد اذا اشترى شيأ (ولو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثانى بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما سيأتى فى تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به فى أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتى وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هنالك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغى أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها تكسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر فى باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبنى للمفعول أى لم يحصل له فى حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه. أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين فى ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض وكذا الثانى لانه اعتاق على مال فى الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على مامر قال (وكذلك الاب والوصى فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان فى تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية

سوى المال والمال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال رحمه الله وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا عكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضا كما لا يخفى تأمل تقف ثم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافى بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور فى حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام فى امكان تعميم الدليل الواقع فى عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالى عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد فى المذكر ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على مامر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج فى قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى وقد تقرر عندهم ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور فى كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة فى كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصى فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعنى تملك الاب والوصى فى رقيق الصغير ما يملكه المكاتب فى رقيق نفسه ولا يملكان فى رقيق الصغير ما لا يملكه فى رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه فى الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على مامر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغى أن يملكا العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف فى هذا الكتاب بل فى كتابه ولا فى شئ من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذى مر وتقرر فى عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فلانه تنقيص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على مامر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصى) ظاهر (قوله ولان فى تزويج الامة والكتابة نظرا) أما فى تزويج الامة فلما مر آنفا وأما فى الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فرعا كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك فى كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم المصرفان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أى فى أنه اه من هامش الاصل اه مصححه

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فان المكاتب يجوز له أن يزوج الامة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العينين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

الاعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا عاقلة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز ثم كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمه قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا هناك ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له

(قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدا معنى الشرط (قوله ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث وعن شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكر عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفي ذلك لذكره في هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الامة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغناقي (قوله لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عينين ان أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فمسلم وان أراد أنه لا يجعل العينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني

واهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فأما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب

أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظر أما في الاول فلا نه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا فان المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز اجارة عبده وأمته على مانصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية ألا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا له أليق اه كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه ان أراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على مافصل في كتابيهما وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ألا ترى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها وأما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل مافي النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسي العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضا ساقطا لان لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في أصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأي صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل مافي النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا

وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (والهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة وهذا) أي تزويج الامة (ليس بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لانه اسم لما يتوصل به الى المال وبالتزويج توصل المولى الى المهر فكان اكتسابا

(قوله وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول فيه بحث

وان

(قوله ولانه) أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويج ليس من الاكتساب (لايملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل فى الكتابة بطريق الاصالة ذكر فى هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) تقديم الاب فى الذكر ههنا على ابنه للتعظيم وأما فى ترتيب القوة فى الدخول فى كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا فى الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لاحالا ولا مؤجلا وانما قال دخل فى الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان أصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال ولهذا لايملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

﴿فصل﴾ قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته)

وان أرادانهما مترادفان فى عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتتبع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذهى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل اهـ (أقول) يمكن التوفيق بين ماذكره المصنف ههنا وبين ماذكره الشراح فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فى صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال اهـ بأن مرادهم بماليس بمال ماليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال فى قوله اذهى مبادلة المال بالمال ماهو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين فى عقد الاجارة وهو المنفعة جعل فى حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال فى قوله اذهى مبادلة المال بالمال ماقلنا قول صاحب معراج الدراية فى تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة فى الاجارة فى حكم المال اهـ * ثم أقول ويمكن أن يحمل المال فى تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقى دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال فحينئذ لايرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لاحقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا فى تعليل قول المصنف اذهى مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم اهـ وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو فى قوله لان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى باب النكاح بل جعله علة لماقبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف فى باب المهر من كتاب النكاح فى تعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعى فى ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اهـ فانه صريح فى ان المنافع ليست بمال على أصلنا كما فى باب النكاح فتأمل

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع فى ذكر مسائل وقوعها

قيل ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شئ واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشترى تبع من كل وجه

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل (قوله ولهذا أى ولان التزويج ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلاشك انه من الاكتساب وان أراده مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب

﴿فصل واذا اشترى المكاتب﴾ (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود فى الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعنى حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعنى بعد موته

فلا معتبر به لانه صرف المال الى ... وقبل سعيه في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة
واستيفائه ... ثم المكاتب اذا اشترى من يعتقه ... وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبا
تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد
لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا) لانه ملك لغيره كما عرف
ولهذا لا تجب الزكاة ولو اشترى زوجته

لم يفسد النكاح (والكسب يكفي لها في الولاد) لا في غيره (ألا ترى ان

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن
الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي
حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في
حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على
الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه
قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا أولى
لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق
لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان
معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد
لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة

القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسطت بين القرابة البعيدة من (بني الاعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما (ف) عملنا بالشبهين و(ألحقناها بالثاني) أي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاول) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى

بسبيل التبعية وما تبعها لان التبع يتلو الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم
يجز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح
المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع
الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة
اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب
المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه
الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام
حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد
قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط
الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان
عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة
ألا ترى ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد
ما ورد على الاب هناك أيضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبة
تبعا للولد تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية ألا ترى أنها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية
ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذا لا تصير مكاتبة
تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها ملكه
مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله
عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة

(قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه)
أقول أي بالشراء أو الهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز أن يكون تبعا للادنى الا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (وان ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن ان وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيأ لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد

ملكه ولده فانه يدخل في عين حريته ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامة اه (أقول) فيه أيضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد أيضا والا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المصنف أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو أول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولد له وان لم يملك ولدها ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها الا مقرونا بشئ لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر

دائم اذا تسرى واذا سرت كتابته الى ولده لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ماذكرنا وأيده المصنف بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكسبه لها أي في الدخول تبعهما وفي الكسب تبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كانت تبعية الام أرجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه مارغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار كذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عنده يؤخر أداؤها (٢٥٣) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها (ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق) فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير اذن المولى) أو باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير الى الاعتاق هذا

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه مارغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول أصحابنا جميعا لانه ان أراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع أن الولد هنالك ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتاق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه فظهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق حينئذ بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبي فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير اذنه (و) حكم (المأذون له كذلك) فيما كان أو مدبرا والفرق المذكور فى الكتاب تقريره الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر فالكتابة أوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقى كلامه ظاهر لايحتاج الى شرح

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك بأن ادعاها (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى حقيقة الملك فى رقبتها وانما لها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تخير (لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٢٥٣) يملك الاعتاق فى ولدها) لان الدعوى من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ماعسى أن يتوهم أن ملك المولى فى المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب فى مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ماقدمنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضيها على الكتابة (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) على ماذكره فان قيل وجب أن لايسقط لأن الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لايسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن فى الفصل الاول ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لايجب العقر أما لم يظهر فى الفصل الثانى لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر فى المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا فى حق المولى

﴿فصل﴾ قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق فى ولدها وماله من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ماقدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

هذا الشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد فى كتابة الاب هو الكسب له لاغير لانه لايتبع الاب فى الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط فى دخوله فى كتابة أبيه فكان القول بدخوله فى كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق أمه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام فى الثانى ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لامه أيضا فتلك الفائدة أيضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله فى كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لايبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول مايصلح أن يكون فائدة فى الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا فى الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لايسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

قوله تقريره الكتابة أوجبت الشراء) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد أوجبت صحة الشراء ﴿فصل واذا ولدت المكاتبة﴾ قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لأن للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبته (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر اليها

ولو ولدت ولدا آخر) وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلابد من الدعوة (٢٥٤) وبقي كلامه ظاهر والله أعلم. قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البدل) أقول ويتوارد علتين ممتنعين البدل الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يمتنع

ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها الا انه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط * ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فانى يجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء واذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت فى حق الاولاد والاكساب يعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن تبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا ههنا الى بطلان الكتابة نظر المكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعله سديد (ولو أدت المكاتبة) بالنصب أى بدل الكتابة وفى بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها فى المبسوط فى المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها ولانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافى اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البدل فهو وعين ما قاله صاحب العناية فى تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر فى ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها اعتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خبير أنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة فى اكسابهما انما هو يدا لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتى فقوله وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها فى كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذى هو المولى فيه

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الاكتساب والاولاد) اقول قال الاتقانى لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن يقول النظر اليها فى ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها اعتقت بالاستيلاد لا بالكتابة ولنا فى قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اه كلامه وأنت خبير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها اعتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا يبين فى العقود الشرعية فكم لها نظائر (قوله والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه) أقول فيه شئ فان بالايفاء يتقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثانى لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعى فى ايفائها بعده يكون سعيا فى تحصيل الحاصل وهذا هو الذى أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه) أقول وفيه انه ليس فى الثانى ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالايفاء نظر لها فليس الايفاء والابطال فى زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين) أقول اذا كانتا فى مرتبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه) أقول أراد من قوله هى أولا العتق ومن قوله هى ثانيا البدل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعليل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولقائل قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد له حكم الام لانه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التى ذكرت بالتعليل المذكور هى الاولاد التى ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتهم أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد فى قول المصنف تسلم لها الاكساب والاولاد بقوله أى الاولاد التى اشترتها المكاتبة فى حال الكتابة لا الاولاد التى ولدت من مولاها انتهى ولا شك فى الحاجة الى التعليل الذى ذكره المصنف فى بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا فى حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا فى حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية فى هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فأولاده وأكسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافى تصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا فى تحقق التناقض أمورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد فلا محذور أصلا وأما الثانى فلوجوه أحدها أن انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طريقى بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة فى مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة فى حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا بمجرد النظر لها مما لا نظير له فى قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد ينافى المعنى الذى عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير اتمام الكتابة فى حق البدل وفى حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة فى حق البدل وبقائها فى حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثانى الذى تمحله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أى معنى كان وعدمه فى حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعله سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضا ليس بشئ وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين فى موضعه والامر فيما نحن فيه وفى سائر المسائل التى يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود فى أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الادلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثانى فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التى هى على المكاتب ممنوع

(وان مات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تسعى فى الاقل منهما وقال محمد تسعى فى الاقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شئ وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ابقاؤه قطعا فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا فى عامة الشروح وعزاه فى معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شئ وهو أن الفائدة المذكورة انما تتصور فى صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما فى العكس فلا اذ لا شك ان أداء الاقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الاكثر المعجل فلا فائدة فى التخيير فى هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الاقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة فى الكتب بأسرها (قوله وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة (أقول) فى الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيما بعد أن عتق كلها بالتدبير ينافى قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة اذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان فى شخص واحد فى حالة واحدة فأنى يتصور ابقاء الكتابة فيما بعد أن صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافى للحرية هو الثانى دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا بقى تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال فى الكافى فى تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لانه من خصائص الكتابة وبقى أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الاقل المعجل كما مر فى بيان دليل أبى حنيفة فيكون هذا

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعى فى ثلثى قيمتها مدبرة لا قنة وفى جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان فى التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الاقل) قد اعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة وقوله (لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا) أى مكشوفا بينا لا يخفى على أحد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان أعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخراجها عن الملك) أقول أى لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لايلتزم المال بمقابلة مايستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شئ ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه فى مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لايلزم على قول أبى يوسف لانه لايقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبى حنيفة فالجواب مامر أنا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أى عند عقد الكتابة فيكون البدل فى مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتها جهتا

حرية (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك) لان النفقة والجناية على المكاتب فى حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعى فى ثلثى مال الكتابة وثلثى قيمتها عند أبى حنيفة وعندهما فى الاقل منهما فاختلفوا ههنا فى الخيار بناء على ماذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لايحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت مابينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شئ وحصل ذلك الشئ من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة فى جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة فى جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والزوم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه وبقوله (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به ببدل فبلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لانا نبقى الكتابة فى حقه) اشارة الى جواب ماعسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقى الكتابة فى حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه

والظاهر ان الانسان لايلتزم المال بمقابلة مايستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهى المسئلة التى تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده فى شئ فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار ان شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة وقالا تسعى فى الاقل منهما فالخلاف فى هذا الفصل فى الخيار بناء على ماذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجهه مابينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة فى جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقى الكتابة فى حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لايلتزم المال بمقابلة مايستحق حريته) أقول للمانع أن يمنع هذه المقدمة فانه لايلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت فى المدبرة فى الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكاتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة مايستحق حريته كلا للاحتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة مايستحق حريته بعضا لتلك العلة بعينها أولى كما لايخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لايتمشى على أصل أبى يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق اه (أقول) ذلك ساقط لانا لانسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان فى ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لاينافى استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحقتها مجانا من غير أن يلزمها سعاية فى ذلك الثلث كما تلزمها فى الثلثين الآخرين

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لايلتزم المال الخ) أقول لايتمشى على أصل أبى يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا وبهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر فى كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمه (ربا) وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك فى الاجل غير متصور ولان قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلان أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا وفى القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله فى الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به

و بقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على أصل أبى حنيفة وأصل أبى يوسف أيضا تفكر تفهم (قوله وفى القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اهـ كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اهـ (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى فى صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة اهـ ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اهـ وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لان المستحق فى كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شئ معجل فى المقابلة فلم يوجد التصرف فى غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التى وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا فى حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة فى شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اهـ (قوله وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذى هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى قوله لانه ثبت الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فذلك الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويحرز حقيقي اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا الوسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه ترقيا على عين الدراهم ونحن أعطينا معنى اعتبر ومعناه اعتبر الاجل حكم المال فان الشئ يجوز أن يكون جوهرة في شئ ولا يكون معتبرا فيبين أنا اعتبرنا تلك الشبهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم انه له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من كل وجه فيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا للضرر وتأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (الى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شئ له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الالف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل (ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يتخير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير

فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اهـ (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لو أرادوا بنفي القدرة على الاداء الا بنفي القدرة الممكنة وهي أدنى ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردف لكم (قوله لما تقدم انه له شبها) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافي كما علله غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه) أقول ويخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شئ والامر سهل

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصيل لان الاصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال فى الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه فى تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعنى ان هذا العقد نافذ فى حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا أجاز بعد العتق

وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى عتق استحسانا وفى القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر ووجه الاستحسان أنه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق أى فى توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر فى أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا وفى القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفى الاستحسان يعتق لانه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق بأداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفى القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال اظهور أن اليسر على الاداء فى حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال فى الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن فى الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا فى تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء فى الحال يرد الى الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر والله أعلم

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

(قوله ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر أن يقول بالتبع وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز فيما له) أقول كثبوت الملك له

دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شئ فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد به لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شئ وتعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه و بطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجه القياس وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أى فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر فى مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة فى انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال فى أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكنه أعاده تمهيدا لقوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شئ من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا أدى المرتهن) لفكاك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن (٢٦٣) ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب أنه كذلك فى حق جواز الاداء من غير دين عليه لا فى الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فانه لو لم يؤد فكان مضطرا أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله فى ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشئ من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة فى الامة اشارة الى أن الحكم فى العبد والامة سواء فانه لو وضعها فى العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك فى الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة (وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه و يجبر المولى على القبول و يعتقون لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت دينا على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفى ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغى أن لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة فى صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شئ واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا و يجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه و يجبر المولى على القبول و يعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى

(قوله وأما فى الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا للعقد) أقول قوله تصحيحا ناظر الى قوله فالنظر والضمير فى قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيحا (قوله فى انعقاد العقد عليه) أقول الضمير فى قوله عليه راجع الى الغائب فى قوله ولا يكون على الغائب من البدل شئ (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير فى قوله بأنه راجع الى قوله حق الحرية والضمير فى قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكل

وهي أولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

أحكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلأن يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي و بعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذى ولدته في حال الكتابة والولد الذى اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هنالك وقال ههنا لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هنالك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهم فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل تقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يعم كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين (قوله واذا كان العبد بين شريكين) أقول اي بين رجلين

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فقدم وانما قلنا الاظهر وذلك لان مقصود الباب بيان حال

واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانه تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن
لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر
فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء المال ولا وجه لشيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس
له ولاية الفسخ فان لم تكن الكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها
فيجوز ان يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة
وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق
المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على
صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين
(قوله واذنه له بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد اذن العبد بالاداء

واصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه
عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن
للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه
اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك
بينهما فيبقى كذلك بعد العجز

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل
إما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلا من المتشاركين في أمر شارك فيه
ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه الذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد
الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية
فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال
واذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين
(أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين
فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين
في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام
اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية
من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن)
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما
كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

من الكسب اليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون تبرعه على العبد أي فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيأ بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف ووكيل في النصف وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره وانما

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر
ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله
الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضي) أقول يعني الحاق الضرر
(قوله وانتفى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيه المقتضي (قوله أما الاعتاق فظاهر
وأما التعليق فلانه يمين) أقول فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو أي البدل) أقول أو العقد أو المكاتب ويؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما
(قوله وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ) واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أى صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهى أم ولد كلها للاول بطريق التبين لانه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثانى ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر أن تمضى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى أم ولد للاول) لانه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الثانى ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اهـ كلامه وقال بعض الفضلاء فى تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك فى الكتابة أى على مذهبهما اهـ (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك فى الكتابة على مذهبهما قطعا ألا يرى الى قولهما فى تعليل مذهبهما فى هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اهـ ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليل الطرفين فى هذه المسئلة بالتمام قال وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره اهـ وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق اهـ (أقول) الذى مر فى كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبى حنيفة فى مسئلة الاعتاق ترجيحه فى مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة أحد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن أين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل فى كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هنالك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله فى البيان وقد عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهما الاصالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثانى على الرجوع عن الاول كما هو المخلص فى أمثال هذا فلا محذور وتدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغى أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعنى أن هذا الجواب ليس بشئ لان ماذكره المصنف فيما سيأتى بقوله وهذا الذى ذكرناه كله قول أبى حنيفة ينافى هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها انتهى (أقول) لا ضير فى مخالفة ماذكر فى هذا الجواب الثانى لما أسلفه صاحب العناية فى باب البيع الفاسد فانه وان أسلفه هنالك تبعا لصاحب النهاية الا أن المصنف صرح هنالك بتحقق

(قوله أى صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أى صحت دعوته أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض فى وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغى أن لا يضمن الثانى قيمة الولد للاول عند أبى حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها أجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبة يعنى قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هى أم ولد للاول وهى مكاتبته ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذا ما يثبت به ولهذا لا يكمل فى القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أى فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبى حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا انما قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما قال هلا فسختم الكتابة فى ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها فى ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان فى تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما تتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا تتضرر به وان كان المكاتب تتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هى أم ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان فى تجويزه ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثانى اتباعه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا فى باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبى حنيفة فى حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس يجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافى ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب أن فى تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح فى حمل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة فى الكافى بقوله فان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا تتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أى ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق فى هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية فى الامهات تسرى الى الاولاد (قوله وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندى عن قياس أبى حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثانى الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن فى النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما نص بخلاف البيع

(قوله واذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له وتقريره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له واذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به للاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطئ مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له أي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فالتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

واذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما

انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خبير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما

(قوله انها تبقى مكاتبة بينهما) أقول مخالف لقوله وهي مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعليل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم جاءت بولد لم يثبت نسبه وكان عبدا وهي أم ولد للاول) وقال (واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدة تملكها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على مامر قال (وهي أم ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام المصحح

لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقي من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على أحد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تملك فأما اذا أعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ماذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن مانقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها أحدهما بالاستيلاد وأما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف مابقي من البدل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ماسيأتي صريح في أن محمدا مع أبي يوسف هنالك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف مابقي من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احداهما ماذكره المصنف فيما سيأتي والاخرى مايوافقه قياس ماذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ماذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف مابقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقحمه في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا * ثم أقول الوجه عندي أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على

(واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدة تملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه) أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على مابينا) يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كانها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتبة

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك المدبر فيها فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجهه ما بينا) أي في تعليل القولين أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرناه آنفا من قوله وتبين أن الجارية الخ وأما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له الخ (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه) أي في اعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فان عند أبي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبي حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء (٣٦٩) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا استسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضي الله عنه يراه (كما هو) كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق كما تقرر في العتاق) هذا اذا عجز (وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبناه أيضا على تجزؤ الاعتاق وذلك (لان الاعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما وجب ذلك في القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يتجزأ أعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ أعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)

قياس قوله في مسئلة الاعتاق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشدنا الى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك المدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لان الاختلاف) أقول يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفي الخيارات وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع (قوله يعني الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا

وروجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه تخرجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه شيئا بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك وان أعتقه أولا يعني المسألة الثانية كان له آخر الخيارات

ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فأبق وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

الاداء فالتردد بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعد زوالها فيصير ما أدته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

الثلاث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهنالك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا أعتق أولا أو غصب القن فمات أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر تأخير

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

(قوله فاذا دبره الى قوله وهو أن نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان الى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما أو يومين وثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه يمهل ولا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا

نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق في الطلب عنده (فلا بد من امهال مدة ارفاقا وأولى المدة اذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شئ وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ولا ريب انه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبران في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائهما فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سببا للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أدائه بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كامهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية

(قوله والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبيان ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض لان دليل أبى يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالاخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعيينه فى أدائها فاذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلابد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان فى يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبى يوسف بأثر على رضى الله عنه بأن الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر فى الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا فى عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به فى كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية فى الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر فى الاصول أيضا ان القياس لا يجرى فى المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا ومار وينا من حديث ابن عمر كالمروى عن النبى عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابى من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس فى المقادير كما تقرر فى الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذى مرجعه الى القياس حجة لهما فى اثبات ما ذهبا اليه فى جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعى تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

(تام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهه ان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشترى بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان فى يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون فى حال الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه) ولان

(قوله لان دليل أبى يوسف) أقول يعنى دليله المعقول (قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الاداء

واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لاسبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولابد له من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فيلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشئ يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشئ لم يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الاصلية لاستخراج مايحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان مايميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك

من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق مايرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وأمثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره وألحق بالاخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لايخلو اما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لاوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وماتركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لايطابق المشروح لدلالته على انه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة ممالامحل له في المشروح كما لايخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد

ووجه ذلك أن الموجب لابقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضي والمانع أما المقتضي فـ(لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه و) أما المانع فلان (الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية) فان المملوكية ضعف والموت لاينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) اقول لايطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشئ لم يثبت بعد) أقول بل هو متعذر الثبوت في الحال على ماعلمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول هذا لايخلو عن بعد بعد قوله لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

(فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق (ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات

يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضي والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا المنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلاك المعقود عليه فلا تفيد المقدمات المذكورة ههنا شيأ في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى (أقول) ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر له وهو غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا والمكاتب معتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام * ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو وقال في شرحه في أثناء تقرير تعليل

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء يثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كأدائه فيستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد واضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لا نفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مراجعا الى شرح الاتقاني ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أيضا والحق أن تجعل اضافة السبب الى الاداء بيانية (قوله ويكون أداء خلفه الخ) دفع لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد فاتت بفوته اذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشترك كما لا يخفى والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته فى تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)

أئمتنا فى هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال فى حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل فى حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر فى شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين فى اثبات قول أئمتنا فى مسئلتنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ المخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور فى اتمام التعليل بأحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل فى كتابة أبيه وقد مر فى أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثانى فلان عتق الولد المشترى عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة الخ) الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالاتفاق لدخوله فى كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا اعتبارا بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيهما بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له فى أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره فى الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل فى كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته فى تلك الحالة يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ)

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بكتابته فالكتابة باقية وولاء الولد الى موالى الام أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار مآ له مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال وأما أن الولاء لموالى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر له ولاء في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض (قوله وان اختصم موالى الام الخ) (٢٧٦) هو المسألة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام فقال موالى الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالى الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا أى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسألة الاولى ان ذلك جزء اللازم والشئ ينتفى بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي الكتابة صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الام وموالى الاب في ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا

ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص علية بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص علية بذكرهما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما الذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا) قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهى قوله وان اختصم موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء) أقول أى على مذهبنا (قوله مات رقيقا الى قوله مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الضمير المستتر في مات رقيقا والمستتر في مات حرا راجعان الى الاب والضمير في قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصامهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال يتصور الولاء لمولى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا يستقيم قوله وذلك يبتنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله للمعلل ظاهرا فانه جعل احتمال جر الولاء لازما في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيهه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

قال (وماأدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية فى حديث بريرة رضى الله عنها هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغنى والهاشمى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبى يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) فى تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالى الام يتحقق فى صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق فى صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالى الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ فى صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به فى المسئلة الآتية ولكن بقى ههنا شئ وهو ان للمانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلوا التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وماأدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) و تبدل الملك بمنزلة تبدل العين فى الشريعة كذا فى الكافى وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثانى دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشئ فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثانى أقوى من الاول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثانى دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له فى الثانى بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب فى دفع ذلك أن يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو فى حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك فى حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اه ورد عليه الشارح العينى بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

فاما أن عجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضى الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهى مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشمى فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثانى فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة فى المكاتب اذا آجر أمته ظئرا ثم عجز وكذا عند أبى يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك فى أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز لا يجب فسخ الاجارة

لان الخبث ليس فى نفس الصدقة والا لما فارقها أصلا وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغنى بلا حاجة ولا للهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهم ما ماأخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى فى يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول أبى يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك فى أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب (٢٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا تبدل الملك للولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين والاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته أما الاول فلعدم علمه بالجناية وأما الثانى فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كالو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والاداء والفداء لان هذا أى أحد هذين الامرين موجب جناية العبد فى الاصل والموجب الاصلى لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم أما عن الفداء فلما مر من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فأما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلى

لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهم ما ماأخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد فى الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى

هذا أيضا كلام لغو اذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافى تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف فى كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب فى الرد عليه ههنا أن يقال هذا الذى ذكره فى المآل عين الجواب الذى اختاره جمهور الشراح وأورد هو النظر عليه مع ما فى ذلك الجواب من المزية وهى الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك العبد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك العبد فكان اعتبار حال الغالب وهى التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهى البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه أولى من ذلك (قوله لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى اهـ (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان فى يده وملكه فقد تحقق فى حقهما هنالك سبب الخبث اذ لا فرق فى ايراث الخبث بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكسابه ملك مولاه عند أبى يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه فى يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما فى يده فبالعجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضرورى والاخذ فعل اختيارى فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فاللازم فيما نحن فيه عند أبى يوسف اخذ

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس فى نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبى يوسف (قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما فى ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أى اذا كان قيمته أقل من أرش الجناية والا فالواجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ثم اعلم ان الضمير فى قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به أي بموجب الجناية عليه أي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو أي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى ان في جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه أبو يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا أن يقضي المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في أنه قابل للزوال أولا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له أد المال الى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع

(قوله وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الاصلي) أقول والاولى أن تجعل الاشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الاصلي (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفا ان الموجب الاصلي أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقوه جميعا عتق) استحسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم لكونه يجرى فيه الارث (٢٨٠) (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل أو أدائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شئ واذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بابراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي اهـ كلامه (أقول) فيه بحث اذ للمانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هنالك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فمن أين يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء أو الرضا

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلأن الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) يتنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) قتفاء بقوله تعالى وحصول واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لوعتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد وابه ذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وسمول الثانى بعد الاول من غير فصل وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لايكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعنى ولا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب و بين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب فى اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال فى الكافى والكفاية هو من الولى بمعنى القرب و يقال بينهما ولاء أى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء فى اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص فى الشرع بولاء العتاقة و ولاء الموالاة اه وقال فى التبيين هو من الولى فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) انما قيد بقوله فى الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هنالك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا يرى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان فى الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة مافى جملة الشروح ههنا وقال فى البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا فى حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان فى صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتأمل فى الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعى اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعى مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا التناصر يمتاز مفهومهما الشرعى عن مفهومهما اللغوى كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعى لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر

بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا أولى لعمومه والثانى ولاء موالاة وسببه العقد على ما سنذكر (قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة) بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف فى الاصول وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعى (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطاة (و) قد (قرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف)

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجئ جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سببا أولى لعمومه) أقول الاصوب تبديل الاولى بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول أى لسببية سببهما

قال (وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

في مفهوميهما الشرعي على أنه لو كان مراده بيان مفهوميهما لغويا كان أوشرعيا لقال ومعناهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لابيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك فتأمل تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم إذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد إذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور إنما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فإن قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي أصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فإن كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ألا يرى أن الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولأن التناصر به أي بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى يتنصر بمولاه بسبب العتق ومن يتنصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس إذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضا قد استدل على ان من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا

أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فإن قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله (ولأن التناصر به) أي بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى يتنصر بمولاه بسبب العتق ومن يتنصر بشخص يعقله لان الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خبير بأن المراد من قوله وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعني ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما رويناه ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ماذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا .

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان الناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه أما أولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلأنه جعل قول المصنف فيما قبل ولان الناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أنا لو جعلنا قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكأنه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هنالك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ماذكروا ههنا وبين ماذكره المصنف في كتاب العتاق

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ماذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وماذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وبين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا للامه ثم أعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهى حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالى الام لانها لما ولدت اذ ذاك لم يتيقن لقيام (٢٨٤) الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء فان أعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما أن ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الأم ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا الولد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا فى الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الأم ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا

فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها اهـ والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل فى التوفيق (قوله فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال فى الكافى فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول فى الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه فى الارث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اهـ وذكر فى غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبى نصر (أقول) فى الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه فى الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال فى العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء فى حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعنى اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولاء ابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء

(قوله واذا أعتقت الام وهى حامل) أقول أى ظاهرة الحمل كما يشير اليه قوله فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما فى هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل فالظاهر أن يقول فولاؤه لموالى الام تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقض على قوله اذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق يعتق الحمل تبعا ويجر الاب ولاءه فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فألحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ماذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لمثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أولا لموالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هنالك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى أيضا بما لحن فيه حيث قال في تصويرها بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فأدى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضا اذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره أيضا وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن اللازم فيما صوره أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا أن يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض

بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لمثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شئ في وجود معتق الام وعصبته وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوى أرحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى لانه لا يملك شيأ ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفؤا لمن له أبوان في ذلك قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالى) يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالى أمهم وقال أبو يوسف مواليهم موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيأ ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أى كافرا فهديناه فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمى اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا أهلية له لرقه كما مرفما لم تحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب الفرائض

(قوله لا لذوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعني الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعني وانما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أى الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعنى ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (فقد أجمعوا أن) (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفى حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب فى الشرف والدناءة فكذلك فى الولاء ولان النصرة به أى بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعنى فى الدين وقوله ان شكرك يعنى ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب الى ماندب اليه وشر لك لانه أوصل اليك بعض الثواب فى الدنيا فتنتقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله فى الآخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبى صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنهما

على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هى بنت الميت وذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة. والعصبة هو الذى يأخذ ما أبقته الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثانى أى بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام (وان لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله) أى تأويل قول القدورى (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهى العصوبة اما اذا كان فله أى فلمثل هذا الوارث الباقى بالعصوبة وليس للمعتق شئ والثانى ان معناه ذو حال واحد كالبنت أما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقى بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثانى أوجه لانه علل قوله فله الباقى بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على ماروينا) وهو اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لانه عصبة يعنى انما كان عصبة (لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على مامر فى أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبة تأخذ مابقى) تمام الدليل وتقريره فله الباقى لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته) لما ذكره فى الكتاب وقوله (قدمناها) اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق فى النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على ماروينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على مامر والعصبة تأخذ مابقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها

الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب فى حق العجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم فى الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق العجم مع أن المسئلة فى الارث ليست كذلك اذ قد تقرر فى كتب الفرائض وسيجىء فى نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا مؤخرون فى الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل فى التوجيه

(قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر ههنا بمعنى الفاعل

(قوله ولان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء لمن أعتق أو أعتق من أعتقن وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء و ينسب اليها من ينسب الى مولاه الا ان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عند ميراثها فكذا (٢٨٨) عن ميراث معتقها ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم أو لاب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾ أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحول كان أقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا

ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه أقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا الا أن عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر) هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾ أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوي لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء أصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره

(قوله وكل من يثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله اليه وفي قوله لانه راجعان الى من والضمير في قوله علته راجع الى قوله شيء (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا أن يكون أقرب العصبات (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل و يسلم على يدي رجل و يقول له أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك واذا جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه

والثالثة أن لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى اذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير

قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه و يعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق

اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استقلالا لا من قبيل التصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلأنه ان أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعد منها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة و يكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شئ من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وان أذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ماذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر

(قوله وله ثلاث شرائط احداها الخ) أقول صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته الى غير مولى الاب اذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغني عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج اليهما في كل واحدة من الصور أو اذن الولي والمولى (قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة) أقول أما الصبي فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضا لاعلاك التزام النصرة الا باذن مولاه (قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطلة وكذا ان والى رجل عبدا الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالي الصبي باذن الاب أو الوصي فيكون مولى للصبي اهـ (قوله أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بأنه ينبغى أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه فى ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا الاوجه لترك ذكر البلوغ فى أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه فى المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبى فى قوله فان موالاة الصبى والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبى قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدورى فى مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى قال ابراهيم النخعى اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد هذا لفظ الكافى بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه وصحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن شيأ مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة أما ما نقله عن الكافى للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهوره وتضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه فى قوله اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف فى تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للولاء لا ينافى كون ذكرهما فى العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدورى بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب التحفة فلأن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاى فقط لا بدل مجموع قوله أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة أن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربى وغير ذلك مع أنهم لم يصرحوا

بكل ماله لآخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفى سبب الوراثة ذو القرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا فى كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب فى شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة فى المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدورى قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقانى على وجوب اشتراطهما فى صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة فى مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها خلافة فى المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

وخلاقوله (الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل) فانه أورد (٢٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ماس فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب بأن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شئ على الآخر من غير علمه بنفسه ضرر لامحالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلاقوله (لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لايصح وحكما يصح كما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه فانه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة فسخ العقد الاول وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله فى النهاية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضى ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة وكذا لايتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم فى حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه لايظهر الأدنى

يصير حوالشئ من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ماس فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لامحالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد وفيه ابطال فعله فلايجوز بدون العلم كذا فى الشروح وقال فى النهاية وهذا الوجه هو الذى اختاره فى المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام فى كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما فى فسخ العقد عند علم الآخر بلاريب فيتحقق ابطال فعل الآخر فى صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذى يكرهه ولايقدر على دفعه لايجدى شيأ فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الاأن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين فى صورة العزل عن الوكالة الاانه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه مافيه فتأمل وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه فى الجواب هو الصواب لان حاصله أن فى الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفى الاعلام دفع ذلك فلابد منه ولاريب أن هذا معقول المعنى (قوله لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول كذا فى عامة الشروح والكافى وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) فى الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا

(قوله وخلاقوله الاانه الخ) أقول معطوف على قوله خلافى قوله وكلامه فى الفصل واضح لايحتاج الى تفسير خلاقوله وان كان له وارث

(قوله وخلاقوله لانه فسخ حكمى) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلافيما سبق

قبل الموالاة فتغير حال المولى الاعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو فى اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا أى حملته على أمر يكرهه وفى اصطلاح

الفقهاء ما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفى به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿كتاب الاكراه﴾

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره

والثانى ان قياس الولاء على النسب يقتضى أن لا يصح عقد الولاء مع الثانى بعد أن يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغى أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثانى على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب ما دام ثابتا من انسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثانى كما فصل فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثانى بأن القياس فى مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين فى حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا فى عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿كتاب الاكراه﴾

قيل فى مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن فى كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذى هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذى هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها فى عامة المواضع ثم ان الاكراه فى اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا اكراها أى حملته على أمر يكرهه وأما فى اصطلاح الفقهاء فقد ذكر فى المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب فان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر فى الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وذكر فى الوافى انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى النهاية ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجئ ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتى فى الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفى به رضاه وهو أعم من أن

﴿كتاب الاكراه﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون فى قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفى عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الا أن يقال الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفى به رضاه اذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير لا والظاهر أن المراد من قوله ينتفى به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما يتعرض يكون القسم الثالث مثل الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجئ لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفى به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتى فى أثناء الباب قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ماتوعد به) شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به (سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره

وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على مادعى اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على مايجىء مفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ماتوعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لايتحقق الامن السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فاذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الاقرار بماله أو اجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل مادعى اليه ثم زال الاكراه (فهو بالخيار ان شاء أمضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذى قاله أبو حنيفة أن الاكراه لايتحقق الامن السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع مايهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل قال (واذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار ان شاء أمضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه ويفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور فى تفسير كلام المصنف شذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وان شئت ماهو التحقيق فى هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور فى عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لاينافى الاهلية ولا الخطاب وأما فخر الاسلام البزدوى فقال فى أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لايلجئ ونوع آخر لايعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو مايجرى مجراه والاكراه بجملته لاينافى أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف فى شرح هذا المقام من أصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل فى هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة فى الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ماذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه وماذكره شمس الأئمة فى المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ماترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا سر ماوقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى

قال المصنف (والذى قاله أبو حنيفة أن الاكراه لايتحقق الامن السلطان) أقول الفتوى فى تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية فى تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح فى نفسه أما أولا فلأنه جعل قول المصنف فينتفى به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعا وأما ثانيا فلأنه قال ان قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أى بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفى عدمه وهو ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا تستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما فى النوع الغير الملجئ من نوعى الاكراه على ما مر وأما ثالثا فلأنه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره وهو أيضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة للاكراه لان نفى فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذى مسكة ان المعنى الذى نسبه الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أو لا يعني أو لا ينتفى به رضاه فهل يجوز العاقل عمل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالى عن التمحلات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة فى افادة ذلك المعنى ولعمرى ان رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفى به رضاه أن ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فكان قوله فينتفى به رضاه اشارة الى أحد نوعى الاكراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما فى عامة الكتب (قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى تفسير قول المصنف بهذه الاشياء يعنى بالبيع وأخواته ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه) أقول يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله فانه قال فى أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه فى هذه الصور أيضا والا لما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغى أن يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح فى عدم تحقق الاكراه فى هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغوى وهو

والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد وان أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالى به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به) فهو اكراه (لـ) وجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه كذا فى النسخ التى بأيدينا وصوابه أو يفسد به اختياره اهـ مصححه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا أكره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب أي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال (والفساد لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كما هو أجاب بأن باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق (قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان وفى بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن

وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

حمل الانسان على أمر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا أكره للمشاكلة كما في قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا الخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع (وان قبضه) أي الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٢٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان باطلا لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع الى المشتري بل

هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله فتدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفي البزازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالقوي ما ذكرنا اذ فيه ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تأمل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف) وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكأن المكره دفع مال البائع الى المشترى وان شاء ضمن المشترى) لان الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بقيمته لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشترى) يعنى أى مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أى تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشترى يعنى فى صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقى الترديد من تضمين المكره والمشترى وكلامه فى الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعنى فى صورة الاجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته بمصادفته ملكه (٢٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع تمليكا للغير

(وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

❁ فصل ❁ (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ان أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

من المشترى بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشترى من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد وفى هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله أعلم

❁ فصل ❁ لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه الواقع فى حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هنالك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر فى علم الاصول وفى صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا وارشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين فى العلة

❁ فصل ❁ قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثانى ان كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير) لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أى استناد ملك المشترى قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشترى فى صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما فى قوله وما عرفت نافية

❁ فصل ❁ (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير فى وراءها راجع الى الضرورة فى قوله انما يباح عند الضرورة

(حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار الى أن الملجئ يمتاز من غيره لعلة التفاوت لأن بين الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا معتبر بمن

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو أكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شئ واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما

قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال ان توعد بأقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالاباحة (فهو آثم لانه لما أبيح) من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة) (فاذا امتنع) (كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا) لا نسلم أن الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى (حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان اباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أى النفس والعضو (قوله لان ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر الى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكره الى شيء لا يخاف به على النفس أو العضو لا يسع الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لان الاكراه بهذه الأشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويوري فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية

هو علته اله ومنشأ عدم الاحتياج اليها علية الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لأنا نقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأثم اذا الانسان لا يأثم بترك المباح فأجاب عنه بأنه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة للعلم في أن لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء فعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا بد منه

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمته أصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أي عد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاده الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو أول المسئلة فأخذه في أثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سيأتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه فيسعه الميل اليه

أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار) دليل معقول ووجهه أن الايمان (لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة) لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أي فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقي في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هنالك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فان الكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه عند شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) الثاني أي الكفر و بقوله وجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين [illegible] أكل الميتة
وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم واعترض بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الا من أكره وقلبه
مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية
تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه
مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي
الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان
السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر
وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك يمتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها
السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء

عند طمأنينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك يمتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا اذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشئ مؤثرا فيه قوله فذلك يمتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشئ ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا الى قوله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لا نسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خبير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكر ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك يمتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الاصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعد انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الايجاب ولا على الندب روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعد لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل بل الآية كاف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الاصول

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والزنا فانه فيها لا يصلح آلة له (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا لا نزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية لانه اما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا أو لا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم

اليه في الجملة وقوله فاما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هنالك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضي الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله

فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

كما نقول فى الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لا ينتقل اليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (فى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آلة للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخمصة فقتل انسانا وأكل لحمه حتى بقى هو حيا لا يثار الحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال سواء كان هذا المكره الآخر عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية فى المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه ولو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الا أن يكون اكراها بحق (وقدمر) دليل الفريقين (فى الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه (فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا

كما نقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقى فى الجنة ولو لم تبق الحرمة أبدا فى اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح فى ذلك لان فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال فى العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفكاك فى اعتاق الصبى انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافى ثبوت الاعتاق فى ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق فى صورة اعتاق الصبى فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكأن بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت فى صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقد مر فى كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا فى الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا فى الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شيأ فى دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى فالحق عندى فى الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ما ثبت فى ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها فى حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهى غير متحققة فى حق ما ثبت فى ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا فى الكافى وغيره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كلا

(قوله ونسبه شيخى شيخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد بشيخه الامام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد الكاكى مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آلة له من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى اعتاق الصبى) أقول فيه تأمل فان الذى يهمنا ثبوت الاعتاق لا فى ضمن التكلم كما اذا ورث القريب

ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره أردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بما طلب به وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا الانشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيأ لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا

عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى أنه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان وأما عدم السعاية فلانه انما تجب للتخريج الى الحرية) كما هو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أن المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير) ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شئ من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه وزاد فيهما في التعليل فقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيأ

ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه

اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الراهن على اعتاقه في شئ من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شئ اه ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لابد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون نفعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له أن يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

(قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم ولعله لذلك بادر الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما اذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لان ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغيرا كراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر (٣٠٥) في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان

بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فانتقض بما اذا أعتق المحجور عليه

فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فاذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع

على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على ايلاء فآلى أو على فيء في الايلاء باللسان) ففعل صح

(قوله نظير الجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خبير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الاول التزاما وفي الثاني صريحا

(لانها) أى الرجعة والايلاء والفئ (تصح مع الهزل) وماصح مع الهزل لايحتمل الفسخ فان أكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد وان ترك التى آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان فى المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها او كفر لم يرجع على المكره بشئ لانه أتى بضد ما أكرهه عليه وان أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لايمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لايعمل فيه الاكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام) بازاء ما سلم لها من البينونة ولاشئ على المكره للزوج لانه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها وهى غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أولا قلنا لايخلو اما ان ساق الزوج المهر اليها كله أولا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لايوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه وان أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره فى هذه الصورة على البراءة قال

لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لايعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لايلزمه الحد) وقد ذكرناه فى الحدود

بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولاحق لاحد فيه فيزاد لهما فى التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لايجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر فى الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كامر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أنه لايفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل فى الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر لاحكم له فلا يسقط به الحد كذا فى العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف فى كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله أن يقال ندرة ذلك ممنوع كيف ووقوع

(وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولا ان أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لايتصور الا بانتشار آلته وذلك لايكون الا بلذاذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لاحد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولاحاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لايدل على عدم الخوف لانه أمر طبيعى ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لايلزمه الحد وأما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم فى أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر فى الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كامر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أن لايفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل فى الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر لاحكم له ثم فى كل موضع وجب الحد على المكره لايجب لها المهر لان الحد والمهر لايجتمعان عندنا بفعل واحد وفى كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء فى غير الملك لاينفك عن أحدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثانى فلان الاذن لها ليس يحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا ظفر

(قوله فان اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر ولاحكم له) أقول قال الاتقانى الاكراه من غير السلطان لو كان فى غير المصر اعتبر بالاجماع انتهى فقول الشارح فان اتفق فى موضع ينبغى أن يكون معناه حينئذ فى موضع من المصر تدبر

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألاترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

ناغرا لمخصوص وقطاع الطريق بالناس وبجزهم عن دفع شرهؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم الندرة فأن لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا يدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا ترى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله * ثم أقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البينونة) المترتبة على الكفر (بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر ببالي شئ ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من

دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (ف) اهذا (كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام فى الحالين) قيل أى فى حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا فى الصورة الاولى وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحا للاسلام (وهذا فى حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم) وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل) لا يتحقق

قال (والقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل

فى كلام المصنف هو اللفظ الثانى دون الاول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعنى لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد فى المجاز من كون اللفظ مستعملا فى المعنى المجازى ولا شك أن اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل فى الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هى أى الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردى فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف فى علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقى الى أى شئ كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقى الى المعنى المجازى فقط فتعم مستتبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا فى الايضاح اهـ (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر فى الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثانى أظهر فى حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركنى الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فانه على هذا

(قوله وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى) أقول فيه بحث لخفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس فى كلامه ما يدل على شرطيته للحكم

(قوله ولو قال الذى أكره) معطوف على قوله وقال هو وقد أظهرت ذلك يعنى لو قال فى جواب قولنا قد بانت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضى لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب منى من الكفر وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لانه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوى ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه فى وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفى وجه يكفر فيهما جميعا وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا أجراها فاما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أولا والثانى هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثانى واذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبى صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبى عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا فى كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الحجر

لا يتحقق شئ من ركنى الايمان فى المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء أحكامه لا يظهر ظهوره فى الاول لا يقال كيف يتمشى ما فى الكتاب على المذهب الثانى فى حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفى الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلى منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلى وفسر معنى كونه ركنا زائدا بأن الشارع اعتبره فى وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك فى كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشى ما فى الكتاب على هذا المذهب أيضا فى حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا فى الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم فى الحجر فجعل بعضهم أولى الرأى والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذى هو عديم العقل والمعتوه الذى هو ناقص

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة

كتاب الحجر

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو فى الموضعين راجع الى الحجر وقوله وهى راجع الى الشفقة

والآخر التعظيم لامر الله وهو فى اللغة عبارة عن المنع وفى عرفهم هو المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامى وألحق بها المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ماذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما وأما الذى لا يكون مغلوبا وهو الذى يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبى العاقل كما سيجىء أما عدم جواز تصرف الصبى فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هى بالعقل لكن أهليته مترقبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كى لا تتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى باشره وشراؤه فيلحقه دون فيأخذ أربابها أكسابه التى هى منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبة بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضى بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيأ) أراد بهؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم أعنى كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم (والولى بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر وأورد سؤالا على الشراء وهو أن الاصل فى الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولى فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة وأجاب بأن عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما فى شراء الفضولى كذا

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن الولى آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كى لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل فى نفسه والصبى ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولى

العقل فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يرشدهما وكذلك حجر الصبى والرقيق أما الصبى ففى أول أحواله كالمجنون وفى آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع فى حق الصبى وأما الرقيق فانه يتصرف فى مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف فى مال الغير مثل استعماله فى مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ثم ان الحجر فى اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضى اذا منعه وفى الشريعة هو المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا فى النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الحجر فى الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتى فى الكتاب من أن هذه المعانى الثلاثة يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال وأما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر فى الصغير والرقيق والمجنون بل المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس محجور عليهم عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله فى عامة المعتبرات وسيأتى فى الكتاب شىء أفشيأ فقوله فى ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة فى التعريف المزبور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال فى الكافى الحجر فى اللغة المنع وفى الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثانى على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر فى معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأى سبب كان انتهى تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهى المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله

وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية فى الصبى والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى أما ههنا يعنى فى الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور فى القدورى مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود فى بعض النسخ وكذا فى نسخة سماعى

وههنا لم نجد نفاذ العدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

كذا فى الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتب الفروع على ادراج العته فى الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهى الصغر والرق والجنون وفى كتب الاصول على جعل العته قسما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفاله فى أكثر الاحكام فقد خالف أصطلاحهم فى الفروع اصطلاحهم فى الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعانى الثلاثة) التى هى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الاقوال حتى أوجب التوقف فى الاقوال التى تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام فى حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا فى النهاية والكفاية قال صاحب العناية فى حل هذا المحل وهذه المعانى الثلاثة يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الاقوال يعنى ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء أى هذه المعانى توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما مايتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد وأما مايتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة فى مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضر حيث قال أعنى ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ماتمحض نفعا وماتمحض ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثانى لثبوت الحجر فيه أيضا فى حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر أيضا حيث قال أى هذه المعانى توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما مايتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشئ من التخصيصين المذكورين يلزم اذذاك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذى ذهب اليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون فى اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج مايتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار فى المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال وقد أدرجه فيها فى الكتاب حيث قال فيما بعد والصبى والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفاء التفريع فى مختصر القدورى فى قوله فالصبى والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر

وكذا ذكره شيخى فى شرحه (قوله وهذه المعانى الثلاثة) يعنى الصغر والرق والجنون (توجب الحجر فى الاقوال) يعنى ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء أى هذه المعانى توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما مايتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد وأما مايتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعنى ان المعانى الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال (لان الشأن ان الافعال لا مرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال وكذلك العبد والمجنون اذا أتلفا شيأ لزمهما الضمان فى الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا اتلاف

(قوله وكذا ذكره شيخى فى شرحه) أقول أراد الكاكى (قوله يعنى ماتردد منها بين النفع والضر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما تمحض ضررا وماتردد بين النفع والضر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما خصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول فلا ينعقد (قوله فى حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول فى البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد معتبر لقصور العقل فينتفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا ترى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مرد لها يعني أن الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الافعال فتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي أن اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وأن المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل تبيينا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا ترى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرح به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلابد من القصد ألا ترى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متمش في الانشاآت لانها ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب وأما في الثاني فلانه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

(قوله لان اعتبارها حال كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام من الشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلابد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضرة) لاشتماله (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لاوقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال ة (لعدم الشهوة)

وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) أي الولي (بخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلفا شيأ) بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال (وان أتلفا شيأ لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيأ فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضر موقوف على اجازة الولي ألا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه الا اذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق أصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو أريد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده ولا يختلجن في وهمك أنه تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

الاخلاق) أقول أي وجودا أو عدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلفا شيأ بيان لتفريع الأفعال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث

﴿باب الحجر للفساد﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله)

العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان أمكن ان يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضر يخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرر هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

﴿باب الحجر للفساد﴾

أخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أحرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنى السفه على الوجه المذكور شئ أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذ الظاهر أن موجب الشئ لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو أمر آخر ورا ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول

أبي

أخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالالقاء في البحر والاحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء

لانه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى بل أولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبى حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فان أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وان أعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبداية احداهما مسئلة أنه لا يحجر السفيه عند أبى حنيفة ويحجر عندهما وأخراهما مسئلة أن الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند أبى حنيفة وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها وهى مسئلة أن يحجر القاضى بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المسئلتين الاوليين أصلا فى الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبنية على قولهما الا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة فى الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبى فهذا يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف ههنا قياس السفيه على الصبى قياسا تقريبا فى وجوب الحجر وبرشد اليه قطعا قوله فيما سيأتى من قبل أبى حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبى وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقى حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبى النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذى ذكره المصنف انما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول الشافعى لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعند الشافعى يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه اه (أقول) فيه نظر لان من كان مصلحا فى ماله لا يسمى سفيها فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح فى ماله اذا كان مفسدا فى دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلى فلا يجدى نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه فى عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبى حنيفة ويحجر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى ولو كان الفاسق داخلا فى السفيه فى عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتى فى الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لانه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبى) فهذا يحجر عليه (بل أولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذى ذكره من الدليل انما يصح على قولهما فأما على قول الشافعى رحمه الله فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما

(ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لايحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل فى كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لان) فى الحجر سلب ولايته و (فى سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجرا له على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبى) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبى أى لا يقاس السفيه على الصبى (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجرى على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه) انما يكون (فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن فى يده شئ يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله واذا حجر الخ) تفريع على مسئلة الحجر ومعناه أن القاضى ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يجوز لان قضاء لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضى فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضى المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له ههنا سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده ظاهر

ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان فى سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الأعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه فى العقوبة ولا على الصبى لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبى حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده

(قوله ولابى حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثانى أن المراد بالمخاطب فى قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام فى الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له فى المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما فى النهاية وغيرها (أقول) بقى فى كلام المصنف شئ وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبى والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد مخاطب فى حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى ان حجر على السفيه على رأيه) أقول الضمير فى رأيه راجع الى القاضى (قوله فصار محلا) أقول يعنى فصار نفس القضاء محلا الخ

وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا في الاصالة قال (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله

ظاهر اهـ (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل بل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى (قوله ولابي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اهـ كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلا فكان متناهيا في الاصالة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه

(قوله وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا ويكفي الاحتمال فيه

(وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما المصلح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا أو كان الثمن باقيا في يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا أو لم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شئ من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجح وهو القضاء

وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب (و) ذكر أن (الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث ان الهازل لم يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما المصلح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلابد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هنالك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تأمل تقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اهـ (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احترازا عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لا أنه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحانث الصوم كالمعسر اذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثانى أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر فى وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور انما يصح فى حق السفيه لا فى حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان فى العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان فى تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف فى جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثانى ما سيجيء فى الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير فى المحل الذى يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد فى المحل الذى يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى فى قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض) لاجل النظر لغرمائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه فى جميع قيمته أو لورثته فى ثلثى قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود فى الشرع وانما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما فى اعتاق أحد الشريكين فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلأن يملك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية فى حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقى على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى فى قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثانى ان الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر فى وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح فى حق السفيه لا فى حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لانقصان فى العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان فى تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف فى جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثانى ما سيجيء فى الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ (أقول) فى الجواب عن الاول وعن الثانى على الوجه المذكور بحث أيضا أما فى الجواب عن الاول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدى شيأ فى دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهم ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفيه فى الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل فى شئ منهما فما ذكر فى الجواب يقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأما فى الجواب عن الثانى فلان ما سيجيء فى الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة فى أصلهما كما هو حاصل البحث الثانى أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية فى البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط فى الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور فى قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقى على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

(فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى فى قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية فى قيمته مدبرا الا يرى انه لما
دبر عبده فى صحته ثم مات وعليه دين محيط بتركته فعلى العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا للغرماء قيل ينبغى أن يسعى فى قيمته ثلاث
العتق حصل بالتدبير السابق وهو فى تلك الحالة لا يوجب السعاية فصار كما اذا أعتقه وأجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب
قبل الا أنه جعل ههنا سببا قبله لضرورة فلا تظهر سببيته فى ايجاب السعاية عليه وانما تظهر فى حق المنع عن البيع وتعلق العتق
ضرورة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى فى ثلثى قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد
كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا يرى أن الرجوع فى الوصية صحيح دون التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء أثر
بعد موته فالحق السفيه بالمصلح فى حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم
يكن معها ولد) أى ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان
مات سعت فى جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى فى قيمتها بعد موته
(بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٢٠) فى ابطال حق الغير فكذا فى دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض اذا ادعى ولد
جاريته على هذا التفصيل) يعنى أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح وقوله (وصار كالمريض مرض الموت) يعنى فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة فى المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن فى عقد واحد أو فى كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة

وان مات ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته

الاشتراك فى العلة وهذا المعنى يعنى قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد فى السفيه كما أن المعنى المذكور فى الكتاب لا يوجد فى الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع الى حق الهزل فى قوله لا فى حق الهازل فالمعنى والذى يصح فى حق الهازل أن يقال لقصده اللعب

(لما بينا) يعنى قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه
الله على أنه لا فائدة فى الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب
المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قال (وتخرج الزكاة من مال
السفيه) والاصل فى هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة
من تجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر فى اسقاط شئ من حقوق الشرع عنه

(قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أى ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات
النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه
المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقانى لكن نهاية قولان السفه ليس بعناية بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض
صحيحا كان أو فاسدا وليس فى الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه
محصور لا يتصور فيه المجاوزة حدا والسفه مجاوزة عن الحد فى كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه
بالهازل والهازل والجاد فى هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق) أقول لعل لذة النساء

ولا يبطل شيأ من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى [illegible] القريب لان اقراره بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيأ الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا [illegible] النسب تثبت ولزمهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجية تصح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه عما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لانه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدى اذا أصلح (فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه وحينئذ لا نظر له في المانع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فمن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصي الاب أن يتصرف على الصغير يشتري له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بأمر الحاكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا اعتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره (قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له في ماله فاذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية)

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كي لا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على عمرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها وهي جزور أو بقرة قال (فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء) وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

(قوله فلا يلزم اقراره شيأ الا في الولد الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة) قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا أوجد رشدا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والاظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المذكورة ماذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تعم النكرة المطلقة أو لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا الا انه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف) أقول يرد النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لامحالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون واليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان ابن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لاخلابة لي الخيار ثلاثة أيام فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحجر انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه فأنى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ماذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بشئ اذ لا شك أنه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شئ بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بأنه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شئ فلا يجدي ما قاله شيأ ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن يحجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه أن الحجر على المغفل في بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن أصلح في ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعني في أول كتاب النكاح (ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعني في التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصلح في ماله الخ) أقول وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل فما ذكراه ينتقض به فتأمل (قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع

الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شئ من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله واذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه أى دنى منه وصبى مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوءهن وادراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال (واذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبى رشده انما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل فى نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبى والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل فى أشده بلا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون فى الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الاشد فى الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ أشده فبمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة فى مده الى أقصى ما قيل فى تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها فى نفسها فى ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها فى نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثانى فلا يتم التقريب والحق فى أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع فى الكافى والتبيين الا أنه قال فى الكافى بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما فى التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آثر تأخيره و ينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لئلا يجاحد ان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في المستحدث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

(قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد انما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيأ منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آثر تأخيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد اليه أنه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف ولاشك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لامحالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره فجاز أن يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى أي لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه في الآخرين أي أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

(قوله فلا يترك الاعلى للادنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب

ثياب بدنه و يباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لايناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقق ومذهب أبي حنيفة أن لايجوز اهدار أهلية الانسان رأسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لانسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث أن تحمل كلمة لافي قوله فلايترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم أهل الكتاب وفي قوله تعالى لاأقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لافي أكثر كتب النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لاالزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة والالكان عذرا للكفار وعد منها أيضا قوله تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لايرجعون وقال فقيل لازائدة والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولايخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت لاينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذلامعنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لايتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقريره أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولاشك ان هذا القياس يقتضي كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول في الجواب بحث أما أولا فلأن قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المديون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلأن الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما شرح الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الاول بأن اختيار المديون الحبس الابدي مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار اليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب والا فلا مدخل له أصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق واذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى فان قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه اه فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانه عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاءه انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول أجابوا عنه في تلك الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعانا بالنبي عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره أو يأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته اه فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الازمان بأن أمتحن مع بعض من عدة من الاهالي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية

(ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

فى الجواب ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصلية فيجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فيبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين فى ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها فى أوائل باب الحجر للفساد بأن قال تسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهنا به عبارته هنالك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه أبدا ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة فى الجمع أصلا اذ المسامحة انما هى فى الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراء المسامحة فى الجمع تأمل تقف (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته فى حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس فى وضع المسئلة مخل بحق لا يقال قد ذكر فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق فى حالة الحياة فيمكن للقاضى القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله الافلاس فى حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبى حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اهـ فيجوز أن يكون ذكر المفلس فى وضع المسئلة فى الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر فى الكتاب فى تضاعيف بيان المذهبين فى هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله فى مذهب أبى حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله فى مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما فى الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة فى الكتاب صريحة فى ظهور ماله بل مدار ما فى الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس فى قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقى بل المراد به اما من يدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا اذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا فى نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يحبسه حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

قال المصنف (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه) أقول فان قيل الحبس أيضا بعدم الرضا كما سبق فى الاكراه فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون اكراها على البيع فليتأمل قال المصنف (ودفعا لظلمه) أقول فان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التلجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه عكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان ونحوه اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي) لان به كفاية شمس الائمة الحلواني لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

(قوله ويمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ما ذكروه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر

أي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أي كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (ويباع في الدين النقود) (قوله حاصله أن القاضي نصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مردّ له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بالاخلاف اهـ أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اهـ وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لأمر يعتري الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل

وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لانه مشاهد لا مردّ له) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه) لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين ألا ترى أنه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احترازا عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شئ يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله

(قوله يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول فيه بحث

وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فله أن يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينة اليسار تترجح) اليسار اسم للايسار من أيسر أي استغنى والاعسار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار يعني الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لانها أكثر اثباتا) لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه في موضع لانه حبس) وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته لانه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق) الاستواء والأشد (عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا أن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا أن يقيموا البينة اشارة الى أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

اذلك وأقول كان الاولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأزورات

(قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع الى المديونة

لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن والعجز) عن ايفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين فى الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعنى لانسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لامحالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف فى الذمة أعنى الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لايوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشترى مليا وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به دينا فى الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملىء فان قيل هذا استدلال فى مقابلة ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك رجل وفى رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال فى مقابلة النص فاسد فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف

باسناده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم أن لاينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين فى الذمة وهى باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأنا لانسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب

لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف فى الذمة أعنى الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا فى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لامجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المحل لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لايكاد أن يكون علة جامعة فى صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والالزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ فى غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار فى تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافى وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعى وغيرهم والله أعلم

عن أداء البدل فان موجب العقد لم يتغير والمولى أن يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما ما فى ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا (هذا هو الحقيقة) أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين (فيجب اعتبارها مالم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لايوجب الفسخ (بخلاف السلم) فانه لايمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لاتأخذ الا سلمك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة فى مقابلة ما فى الذمة عين ما هو فى الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو ملك به) أقول الضمير فى قوله به راجع الى العقد

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

اىراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر فلنا تريباً وجوداً ترتيباً أيضاً ذكراً وما التناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع فى كلام كثير من المشايخ فى كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له فى الشىء اذناً أى اباحه كما صرح به فى القاموس عما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعاً ثم قال أما اللغة فالاذن فى الشىء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشىء اذناً اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعى حيث قال فى التبيين والاذن فى اللغة الاعلام ومنه الأذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعاً والأظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقاً عن شىء أى شىء كان اه (قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان يعنى أن العبد كان محجوراً عن التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال فى النهاية أى اذن المولى لعبده فى التجارة اسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لاجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال فى العناية فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اه وقال فى الكفاية وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صوناً لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقاً والولى ان كان صبياً اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاله قطعاً وأما ثانياً فلأنه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

اىراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر (وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) أقول لا يخفى عليك أن اذن الصبى والمعتوه ليس فيه اسقاط الحق وسيجىء تفصيله ثم اعلم أن قوله واسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسيأتي أنه اذا الزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم تحط به مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها اه وقد اقتفى أثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثر امترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة * ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للعبد ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الأظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال وأما حكمه فذلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا أشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكماله الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا ترى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختيار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى المحجر عنه (فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله واسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر جواب واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معترف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه

بالقصاص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاله وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقت ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة

الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا ورقبة والقن مملوك له يدا ورقبة فإن الرقيق إذا كان مالكا بيده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة أن كان قنا أو مدبرا وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التقريب إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاله وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اهـ وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اهـ (أقول) في كل من إيراده وجوابه سقامة أما في الأول فلأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلأنا بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التأقيت)

قبل الإذن أيضا لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فإن قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فإن قيل لو كان الإذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الإسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الإذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة

(قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة إن وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما اذا رأى عبده يبيع) من ماله شيأ (و يشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف فى الاصول قالا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى لحوق دين عليه واذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفى ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار فى الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أو لا والسكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فما الفرق أجيب بأن الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بسكوته وليس فى ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية و بطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا

كما اذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال وأما فى الثانى فلان كون حكمه الشرعى هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشئ ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به فى الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق فى الجواب أن يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمنى كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا فى فنه من أن المنع والنقض والمعارضة فى التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

(قوله اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر فى حق الناس أيضا متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لابد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع و يشتري ما بدا له من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان لانه أي بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) فالا البيع بالغبن الفاحش خلاف

المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع و يشتري بالغبن اليسير بالاتفاق و بالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة فـ(يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر)

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع و يشتري ما بدا له من أنواع الاعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر

كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره و بين ما ذكره قاضيخان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر أن مراد الامام قاضيخان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هنالك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات. قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فهو أن يرى عبده يبيع و يشتري فلا ينهاه فيصير مأذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا اهـ وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع و يشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيأ بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اهـ فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

يعني اذا حابى في مرض موته (وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه و يوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن و يرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة و يملك أن يتقبل الارض) أي يستأجرها (و يستأجر الأجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار و يأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

(وله أن يسلم و يقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (و يرهن و يرتهن) لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء (و يملك أن يتقبل الارض و يستأجر الأجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (و يأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (و يشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه (وله أن يشارك شركة عنان و يدفع المال مضاربة و يأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحجر به و يحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال انهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه و يؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه و يؤدبه عليه فاذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيما يعاينونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا تكون النظائر لما عاملة دون خلافه

* ثم أقول بقي شئ في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

شئ بخلاف الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان) وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا و زيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (و يدفع المال مضاربة و يأخذها لانه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قوليه (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه

رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لا جائز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره فهو مأذون فى جميعها) وقال زفر والشافعى لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما أن الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبى ماله وفى الرهن لو صح سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فاعلم المولى بالسكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يعتبر اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك ثم لولا المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا اه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر اذ لا كلام فى أن كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو فى أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته اذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذى طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله فى النظر وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر) يعنى اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا فى جميع التجارات خلافا لزفر والشافعى كذا ذكر فى الايضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية فى هذا المقام وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر فى قول المصنف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الاذن العام قد مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن فى نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتى فى الكتاب وان أريد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه فى جميع

التصرفات

قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعى رحمهما الله أنه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبنى هذه المسئلة وهى أنه اذا أذن له فى نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره (كان مأذونا له فى جميع أنواعها) عندنا وعندهما فى ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أى للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب) اذا قال له رب المال اعمل مضاربة فى البز مثلا (ولنا أن الاذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) فى أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن فى النكاح فانه اذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك [illegible] يتصرف بتمليك المولى لانه لا يجوز الا بولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيختص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البزدون الخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف فى مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله و يثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند أى لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان أذن له فى شئ بعينه) اذا أذن المولى فى شئ بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ به فى الحال فلا يستجرئ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد فى شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان أذن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لى ثوبا وبعه أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كما اذا قال أد الى الغلة كل شهر أو أد الى ألفا وأنت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن فى التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والاذن بالاول دون الثانى فتأمل

بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال (وان أذن له فى شئ بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال أد الى الغلة كل شهر كذا أو قال أد الى ألفا وأنت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا فى الانواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له فى جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له فى جميع أنواع هذا الجنس لا فى جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل أن يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدى طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهو لا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الاذن فى نوع من التجارة اذنا فى جميعها فيؤدى الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتام اذ لقائل أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرفا فى ملك الغير أن لو أطلق الاذن أولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد فى التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

(قوله اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغى أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف فى ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفى الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعنى لا نسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فما لم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملك له فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصوب والودائع جائز (لان الاقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لأدى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهم من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فاقتضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالمحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما يظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه) اذ لك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالاذن (فكان كالاجارة وقالا الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رحمهم الله قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني الاب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمته لانه اكتساب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة روايتين بآخره

قال (ولا يكاتب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيرا أو لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر

قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج مماليكه) وقال أبو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فأشبه اجارتها ولهما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال (ولا يكاتب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذ الكلام فيما اذا قيده أولا فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر بل للمجموع حكم واحد يتم أوله

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو كثر) أقول فيه بحث

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه فى العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة فى الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل فى دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

بآخره فمن أين يلزم التصرف فى ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن فى النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيختص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البزدون الخ أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفا بأهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذ لا اضرار فى الاسلام وأما ثانيا فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة والا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه فى الجواب عنه ما ذكره فى أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أى يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين فى جواز أن يبيعها القاضى على الورثة ان

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم فى كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى فى حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف) ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى أن اهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس أن لا يصح شئ من ذلك لانه تبرع لكن تركناه فى اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف الى المجاهز كذا فى المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو فى معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء

قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا تجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

الا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع و يباع كسبه في دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه و بين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يتقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اهـ (أقول) فيه بحث لان قوله الا أن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اهـ لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف الا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر و بيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس وقال و يجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله و يجوز أن يكون بيانا الخ وان كان أسلوب

حاصل لا تفويت مال حاصل وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيأ تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) اشارة الى دفع الضرر و بيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس و يجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى

(قوله وهذا اشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته (قوله الى دفع الضرر) أقول يعني الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته تحريره

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ و بيانه أن الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه و يزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو أن المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى و يكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر أن الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه أن يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام أن المولى (٣٤٣) كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين و بيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى و ينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه و تعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شئ منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة فبالحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

(قوله قيل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بغبن يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخمينا وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخمينا وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شئ من دينه) أي ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يمتنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أودفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما اشتراه البائع الآذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمتنع البيع أودفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له

الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخلة تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شئ من دونه أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فانه ذكر قوله فان بقي عليه شئ من دونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شئ من دونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير أن يقول فما بقي عليه شئ من دونه طولب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شئ من دونه طولب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع اه

(اقول)

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعميمه المتعلق بكسبه أيضا

(والأولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وان أخذ شيأ رده لانه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المتقرر قبله للمولى لان فى أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما أن يكون شائعا أولا فان كان الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد اذا اكتسب شيأ أخذه المولى وان لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهم وهم وقد بايعوه على رجاء ذلك أى تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذى علم بحجره لان الاذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو حجر فى بيته بحضر من أهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور وعند الكل دفعا للحرج كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان كان الثانى بأن لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى أن يعلم بالحجر كالوكيل الى أن يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعى يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور فى الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه فى الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهى تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة فى المقام ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكملة سابع) اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم فى الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما لان اللحاق موت حكمى ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعى رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن) فان المولى اذا أذن لعبده الآبق فى التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلأن لا ينافى بقاءه أولى لان البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المغصوب الذى يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافى الاذن فكذا كونه آبقا (ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد ما لزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذى علم بحجره) أقول لفظة ان للوصل (قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الاذن على ما كان اذ لا خلاف فى صحة الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل

ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله محجورا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) اذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو أذن لأم ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر أن الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكميها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز) اذا حجر على العبد المأذون له فأقر بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسره بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين أن المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للمقر له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لاقراره اما الاذن أو اليد ولا شئ منهما بموجود بعد الحجر أما الاذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو اليد

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول للقائل أن يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول مخالف لما سبق في المضاربة

ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة)

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيأ قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فعلم بهذا أن لليد اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد الآدمى له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكر تأويلها فى الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الاولى (أقول) ذلك الجواب لا يسمن ولا يغنى من جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الامام الاستروشنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل تلك المسئلة بما مر فى آخر السؤال لا يجدى نفعا فى دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن فى صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التى أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة فى بعض الصور فلم يكن فى تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين فى مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقولهما فى التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة فى شئ من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفى فى اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بأن ما فى يده أمانة لغيره ففى هذه الصورة اذا لم يعلم ان ما فى يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر فى مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الحجر بأن ما فى يده غصب من غيره ففى هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجىء فى كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذى اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال فى العناية يعنى به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اهـ وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أى لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما فى يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اهـ (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا بصدد الفرق من قبل أبى حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة أعنى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وحكما أما حقيقة فظاهر لان الكلام فى الاقرار بما فى يده وأما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن صحة هذا الاقرار فى حيز النزاع فلا يصلح أخذه فى الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس فى يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله (على ما عرف) اشارة الى حديث بريرة رضى الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعنى به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك

قال (واذا لزمته ديون) اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن العبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ففى الاول لم يملك المولى ما فى يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك فى كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل علة لملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعنى الرقبة (ووطء الامة المأذون لها وهذا) أى المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانه يمنع عن ذلك كما فى التركة اذا استغرقتها الديون فانه يمنع اعتاق الوارث (٣٤٨) أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) بايصال ماله الى أقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث فى ذلك عند احاطة الدين بتركته (بل النظر فى ضده) أى فى ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق فى غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذى أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفى الثانى يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه فى قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه) وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز

قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر فى ضده عند احاطة الدين بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه

يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغى ذلك لمثل المصنف والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم يفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة تلك المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال فى العناية اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون فى الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور فى الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذى هو كسبه فكانت الاقسام التى يمكن تحققها فى الشرع منحصرة فى الثلاثة فيما اذا لزمته ديون ولهذا لم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلى محض لا تحقق له فى الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه فى قولهم

(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعنى المانع عن ثبوت الملك

قال (وإذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المديون الذى لزمته ديون من المولى شيأ بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبى (وإذا باعه منه بنقصان لم يجز مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه متهم فى حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما إذا باع من الاجنبى بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما إذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال فى النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله وإذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين

قال (وإذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) لانه كالأجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه متهم فى حقه بخلاف ما إذا حابى الأجنبى عند أبى حنيفة لانه لا تهمة فيه

جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة الا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثانى بعد ذكر الاول وما وقع فى عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذى ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثانى من الاقسام الثلاثة المارذكرها فى التقسيم الذى نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر فى الكتاب من قبل بقوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر فى الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال فى بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الاول ألف درهم دينا فأعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين ألفى درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز فى الوجهين جميعا اه (أقول) فى جواز عتقه عند أبى حنيفة فى الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين فى بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المارذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور فى الكتاب لاثبات مذهبه فى القسم الخلافى الذى ذكر فى الكتاب أولا وفى الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك وإذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغى أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله وإذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز لانه كالأجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف فى الكتاب وقد صرح به فى غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه شيأ بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالأجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبى يوسف ومحمد إذ قد مر فى المسئلة الاولى أنهما قالا

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ يعنى أن مسئلة القدورى ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثانى وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه للأجنبى بمثل قيمته دلالة كما لا يخفى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال إذا جاز بيع المأذون من الاجنبى بالمحاباة ينبغى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا فأجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحاباة (قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفى كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الأجنبى (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة (٣٥٠) باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما) أى من المولى والاجنبى مترددين التبرع والبيع أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع فـ(لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه فى البيع مع الأجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان) بلفظ التثنية وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا فى النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبى فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الأجنبى والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الاجنبى أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيأ من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبى فى جواز البيع مع الاجنبى مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام

وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما

المولى علك ما فى يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل فى التوجيه (قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اهـ ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اهـ (أقول) بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابى الأجنبى وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا حابى الأجنبى والمسئلة الاولى ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فادن

(قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال (وان باعه المولى شيأ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيأ من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو أحق به من الغرماء لانه علكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد غيره كما لو أودع عند عبده شيأ أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن جاز له لانه بائع وللبائع حق الحبس فى المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب دينا فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا تعلق بالعين) يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان المبيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا فى جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

قال (وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة فى هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيأ

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان فى تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجيه الا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد فى توجيه صاحب معراج الدراية نعم فى توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا بما ذكر فى جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو اتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه (فبقى الباقى عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض
من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو ثابتة
اه كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك أوجه من
حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي جواز المحاباة نفسه
مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب اه (أقول) ليس
هذا أيضا واردا لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم
منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جازت المحاباة
معه فلأن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
ما اذا حابى الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
القيمة فاذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
جاز الاول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف
ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه
لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
منه بالمحاباة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل
قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول
مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لانه لبيان الفرق بين
ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا
فلأن قوله لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لانه
لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة
الكتاب ههنا اثنتان أولاهما قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وأخراهما قوله وان باعه
بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لدفع توهم
انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بنقصان وبين ما اذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ
بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى
من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح اذ كانتاهما
مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان أراد بذلك أنهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا
أن قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
فانه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما
يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في اثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت
مدعاه وان أراد به أن قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتي الكتاب وقوله وبخلاف ما اذا
حابى الأجنبي متعلق بأخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقرر في علم الأدب أن الواو
لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) معناه باعه بثمن لايفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أتلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشترى فبالقبض والتغييب فيخير الغرماء فى التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لايضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما مر بدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك و يسترد القيمة كذا هذا

كالاذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن عليه ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ماسيجيء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الأولى وهو ظاهر ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا

ههنا أصلا وأما ثانيا فلأن قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لايصلح للعطف لمجرد دفع توهم شئ وان لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لاغير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لايخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو و بناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خللا آخر فانه قال فى تفسير قول المصنف فافترقا أى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لايخفى على المتأمل والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولايخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) قال الشراح انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشترى بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لايضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما مر بدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغى أن يكون الضمان

(قوله لانهم يستسعونه الخ) أقول وعلى هذا ففى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) اذا قال المولى هذا العبد الذى أبيعه منه مديون ثم بيعه بسقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين لكون البيع بينهما الازما فلذلك لا يوجب اللزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) بدوكلمته محذوفة من المتن (وفى كل منهما فائدة فالاول) يعنى الاستسعاء (تام مؤخر والثانى ناقص) ان لم يف بديونهم (معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم

نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختار القضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد

فى هذه المسئلة على المشترى فقط فان تغيب العبد الذى فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لامكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما يجيء فى المسئلة الآتية فان قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشترى دون البائع الا أن فى البائع أيضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشترى قلت نعم الا أن سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم ومر مرارا أن الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة فى هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة فى التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان أنه لفظ محمد فى الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذى باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان فى بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا * ثم أقول فى الجواب المذكور نظر لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد فى جميع ديونهم لا فى مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغى أن يضمن البائع والمشترى جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذى قالوا انه أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قال صاحب

النهاية

بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الا أن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع الخ) أقول فان قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخلية بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثانى الخ) أقول دلالته لا تخلو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة لابى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية فى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذونى الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن فى البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد وبما ذكر فى الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفى الثمن بديونهم وان لم يكن فى البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقى الدين اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضيخان فى جامعه بقوله وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولا فى الجواب المذكور نظر آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع ما ذكر فى ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيأ فى نفى ردهم البيع كما بين فى السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذى أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة فى البيع حينئذ هى أن لهم أن يقولوا فى صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة فى البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فنتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن فى البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص مختل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لذهبت فائدة قوله فان وصل فى قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن فى قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يفى بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة فى الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة فى البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا لجواز

(فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) واعا قيد بالانكار لان المشترى اذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده (ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله فى هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب وقوله (كى لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد فى التجارة فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له فى التجارة وفى ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شئ ومعناه أنه اذا لم يكن فى كسبه وفاء لا يباع فى الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله فى وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع فى الدين لظهوره فى حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة ولا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة المتبادر

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات كى لا يضيق الامر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون بيع فى الدين) لانه ظهر الدين فى حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

أن تنتفى المحاباة فى البيع ولا يفى الثمن بديونهم وجواز أن يفى الثمن بديونهم ولا تنتفى المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز أو الكناية لعدم العلاقة المصححة اذ ذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال فى النهاية أى فتصرفه دليل على أنه مأذون فى التجارة وقال هذا الذى ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فما ذكره فى الكتاب اه واقتفى أثره صاحب العناية فى شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قولهما فى تقرير وجه القياس والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش فى أحد شقى هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد فى هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار فى قولهما والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة أعم من الاخبار الحقيقى والحكمى وادعاء أن فى ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافى فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفى الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا الكتاب والامام الزيلعى فى شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا أن يفدى المولى ديونهم وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

﴿فصل﴾ لما فرغ من أحكام اذن العبد فى التجارة بين أحكام اذن الصبى الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه فى الجواز والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولى كان كالعبد المأذون فى نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما فى يده وغير ذلك مما ذكر فى العبد وقال الشافعى رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه لنفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه وان أذن له الولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما لا يقامان بالولى فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعنى قلت بصحتها كصحتهما اذا كانت (٣٥٧) فى أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبى فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت فيجب تنفيذها) أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبى وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه فى محله فلكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولى له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولى لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبى لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولى بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية فى أمور التجارة فصار كالعبد فى كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا فى أمور التجارة لما أذن له الولى فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى

﴿فصل﴾ (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولأنه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولى وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله فى الرقبة أصلا لأنه لا يمنع أن يقبل قوله فيما لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله فى ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ فى التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتأمل والاظهر فى تعليل قوله لا يقبل قوله فى الرقبة أى فى حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذونان كما ذكر فى النهاية وغيرها اهـ

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد فى التجارة شرع فى بيان أحكام اذن الصبى والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول فى جواب المسألة فهو فى التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله فى التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه فى سائرها أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثانى أعم وأظهر فى افادة تمام المراد وهذا ما فى عبارة مختصر القدورى ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر فى البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك فى الهداية أيضا مع ظهور مزية ما فى عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف فى كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف فى باب التجارة مطلقا بل لا بد من أن يعقل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له و يعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى)

﴿فصل واذا أذن ولى الصبى﴾ (قوله والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذى يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثانى بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعنى قلت بصحتها) أقول الضمير فى بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل أصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه أحد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله فان قيل اذا باع شيأ بأضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف وأجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالي أكبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره احتار

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح

هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك أيضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي أصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شئ أما أولا فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له وأما ثانيا فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندي أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي بمنع المنافاة بين كونه وليا ومولياعليه مستندا بأن كونه موليا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله ولاحتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي

منه اذا كان الدين مستغرقا (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لانه كالبالغ عنه فيكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك باذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه في ظاهر الرواية) احترازعن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا انفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مالية

(قوله الخ كذلك) أقول يعني تقدم ذكره (قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختار والاول فعليك بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) القائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخالف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا الاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أولا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا اهـ كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هنالك معهود كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول وأما ثانيا فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه)

لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد صرح من الشارح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعني فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعني يتعلق بكسبه أيضا أي كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على المعتوه (على مابيناه) يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فأما اذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله والله أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يخفى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

﴿ كتاب الغصب ﴾

(قوله ايراد الغصب الى قوله ما لا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الا أن في الغصب بالاذن اللاحق وفي المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على مابيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان لمية عدم صحة اقرار الولي على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك أن اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأنى يملكه الولي وان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا أنه يكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائرا بين النفع والضر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الاشكال بالكلية

﴿ كتاب الغصب ﴾

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يخفى ان اقرار المأذون

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان

متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أى يد المالك لبيان أن ازالة يد المالك لابد منها فى الغصب عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو اثبات اليد العدوان عليه وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد

وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثانى فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا فى النهاية والعناية (أقول) فى الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن فى التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على مامر فى صدر كتاب المأذون والمذكور فى كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثانى أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة فى سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثانى فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير فى تحققها فى غير ماسبقت له أيضا ثم ان الاظهر فى وجه المناسبة ههنا ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى ان المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما فى الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس فى الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا فى النهاية وغيرها (قوله وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لابد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فان الغاصب فى هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال فى المحيط البرهانى الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان فى يده أو يقصر يده ان لم يكن فى يده اه وهكذا قال فى الكافى أيضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب فى الشرع انما يكون بأن كان

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تأخر المأذون من الحجر (قوله وفى الشريعة أخذ مال الى قوله فى زوائد المغصوب الخ) أقول قال الامام الزيلعى حتى لا يضمن

الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة انتهى لكن ذكر فى فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا

[illegible]

الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج السرقة اهـ ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشئ من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لاستحالة القطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولهما باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا أخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه اهـ ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ مملوكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به في البدائع اهـ (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضا بنوع من التعدي والجناية ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلكت

واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل الخ) المغصوب اما أن يكون قائما في يد الغاصب أولا والاول سيجيء والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله من جنسه أولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا أطلق ينصرف الى ماهو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة

لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفي كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اهـ كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتقارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اهـ وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هنالك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها اهـ تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اهـ (أقول)

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات فمن الجيد بمثله لا بردىء رعاية للمماثلة

(وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية لظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديئها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضا تأمل تقف (قوله لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك لوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلأن ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما استمر به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلأن اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندي أن المصنف جرى ههنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا أيضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لاضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ماذكره أبو بكر

الثلجي

وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لاضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى

ولمحمد أن الواجب المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضى فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

الثلجى وهو أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم فى السوق الذى يباع فيه لا المعدوم فى الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفى المعدوم هذا متعذر أو متعسر يعنى أنه بعد ما عدم فى السوق الذى يباع فيه ان لم يوجد فى البيوت أيضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذى يباع فيه الاشياء وفى غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شئ فى قوله لم يبق شئ من نوعه فى يوم الخصومة عدم بقائه فى السوق الذى يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجى فى حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجئ عن قريب من أن الموجب الاصلى فى الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلى مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغى أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضى عند أبى حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول أبى حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر فى الاول عند وجود أصل السبب وفى الثانى عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلى فى الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجئ وأما على ما قيل ان الموجب الاصلى هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجئ أيضا فلا يتم دليل أبى حنيفة ولا دليل محمد رأسا اذ فى كل منهما تصريح بأن الموجب الاصلى فى الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة) يعنى معنى قول القدورى فى مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشئ الذى لا يضمن بمثله من جنسه لان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اه (أقول) هذا الذى عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد بالشئ الذى لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال فى التعليل ان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له فى قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان أراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدورى ما لا مثل له فى قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال فى وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

(ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول أبى يوسف لتثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الأزمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبى يوسف وان كان الثانى فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف رحمه الله (معناه) أى معنى قوله لا مثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشئ الذى لا يضمن بمثله من جنسه لان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته (لتعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

قال المصنف (لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه بحث فانه مطالب بالعين اذا كانت قائمة على القول الأقوى (قوله لان الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول اذ الاجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الشئ فى قوله أن معناه الشئ الذى الخ

أما العددي المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له فتجب القيمة وإن كان قوله وعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) أي على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن إدخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الأذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد في ذلك ليغيظه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حق سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام)

(قوله قيل وإنما اقتصر إلى قوله والطشت) أقول الآن بينهما فرقا فإن البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس فإن اختلافهما ليس إلا اختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وذا لا يصح ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب بيد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعني لأن رد القيمة قاصر

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسألة بمفهوم الكلام لكونه معلوما بصدر المسألة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ما له مثل في المسألة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قولهم في المسألة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندي أن المراد بما له مثل في المسألة الأولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل إن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اهـ فيصير معنى هذه المسألة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اهـ (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي

فمنها اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لاضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة بأن الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيأ وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب وقيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انه بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة ماذكرنا في مسئلة الابراء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشئ الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرر في باب الربا من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسيره ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسيره ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

أنها لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قيل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته ولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خبير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الابراء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فاذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمهما الله لتحقق اثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكأن التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا فلعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هنالك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفي بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هنالك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هنالك متحقق ههنا أيضا لا محالة (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) أقول كان الاليق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولا وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجبا للضمان اهـ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلا واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار قال المصنف (واذا غصب عقارا) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكأن التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أى بسبب ذلك (وهذا) أى هذا المجموع (لايتصور فى العقار لان يد المالك لاتزول الا باخراجه) أى باخراج المالك (عنها) أى عن العقار يعنى الضيعة أو الدار (وهو) أى الاخراج (فعل فى المالك لا فى العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى) حتى تلفت فان ذلك لايكون غصبا لها (وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر فى المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لايضمن وان جحد وذكر فى المبسوط والأصح أن يقال بجحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان فى العقار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعى رحمهما الله فظاهر وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلأنه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعنى القدورى (اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف فى الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيأ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان فى الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب فى حق المشترى باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشترى فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشترى ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف فى الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب فى عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوى دون الشرعى كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوى ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوى أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوى لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوى على ما مر فى صدر الكتاب أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل فى العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعى عندهما فى العقار على ما استعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوى فى العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب اثبات

احترازا عن قول بعضهم بأن فى مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهد بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف فى مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما فى مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين) أقول لست شعرى بأى دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل فى العين ركنا ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه فى اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل فى المحل بل فى ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور فى العقار) أقول للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل (قوله أى بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها للالصاق أو للمصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعنى المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعنى بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله و يتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار يعني الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولا فلأنه جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا وأصلا وصادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا متفرعا على الاول وأيضا لو كانت الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه أن يكون الباء فيه للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى و يحصل المقصود وأما ثانيا فلأن المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد أن لا تحقق ازالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها و بداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أي عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ و بهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثاني و يخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك أظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمرا على أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) ويعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) اى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (فى يد الغاصب) ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى بدنه مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثدييها أو فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة (لانه دخل فى ضمانه بجميع (٣٧١) أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (ف) تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيأ عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما أن يكون الرد فى مكان الغصب أولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر فقوله (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا نقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيأ لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة

وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص فى يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يتم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا محالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف فى علم الاصول بل فى علم البيان أيضا فلا بد فى ارادة المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى تخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلامنهما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى فى صورة المثل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول فى هذا التعليل قصور اذ قد صرح فى عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان فى بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثدياها وما كان فى غير

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير فى نقله راجع الى الغاصب والضمير فى له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير فى يطالبه راجع الى الغاصب

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي الى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فانه أوفق بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي الى الربا) يعني أن مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الربويات أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي الى الربا هذا فحوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما اذا غصب حنطة تعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل الى الربا لا محالة وأما فيما اذا كان نقصانها في الأجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأد الى الربا أصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقا فتأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الايضاح الا أنه منظور فيه عندي أما أولا فلأنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك أن اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده وأما ثانيا فلأنه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها الاناء فضة على مقتضى ما مر جوابه كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب اناء فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان الاناء فضة فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه وان شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا أولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

قال المصنف رحمه الله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي أما في الربويات) كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده ف(لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي الى الربا) لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أي ومن غصب عبدا فآجره وقبض الأجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف (قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا) أقول الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما

لابى يوسف رحمه الله أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل فى ضمان الغاصب وأما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب أى سلمنا أنه حصل فى ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف فى ملكه مستندا فانى يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه المشترى فان الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن الى المشترى لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره) أى غير الغلة بتأويل المذكور أو الاجر أو المال (لانه محتاج اليه وللمحتاج اليه أن يصرفه الى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال) أى وقت استهلاك الثمن (وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شئ عليه وان كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب اذا تصرف فى المغصوب أو المودع فى الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله وقد مر فى الدلائل وجوابهما فى الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف فى غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء فى وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدى ثم هذا أى عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

لابى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو أدى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشترى الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابى يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما فى الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف فى ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين

اه (قوله لابى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لان الذى حصل فى ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أى الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بأن لا يتصدق بشئ من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أى لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجئ الحديث بتفصيله فى الدرس الآتى قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة اذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما اذا ضمن قيمة العبد كله وفى أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال الا بجعل اللام عهدية (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه اذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك فى حق حل الوطء الذى فات قال المصنف (فيزول الخبث بالاداء اليه) أقول زوال الخبث بالنسبة الى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب فى أداء ما وجب عليه بتلك الغلة كمن أدى دين زيد بمال الآخر فليتأمل فان جوابه غير خفى

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها او أشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه أربعة أوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه

أيضا وهو أنه اذا دفع الى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لانه اذا انتقد منها ولم يشتر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان أشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان العقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق (وان اشترى بألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) بل يرد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح

قوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها او أشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسر وانه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن الى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغني السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا أولا يرى أنه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا أن يقال وجه تأثير الغني السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم أداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم بعيد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف الى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شئ وهو أن الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ عناه فبعد أن صرفها الى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم الا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤول الى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشئ اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا أشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها او أشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها ونقد منها بدل

قوله

قال المصنف (لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والأمثلة كلها تدل على أنه لابد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هنالك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فأما فى الدراهم والدنانير فقد ذكر فى الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها وكان الكرخى يقول فى المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير اليها وينقد من غيرها واما أن يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفى كل ذلك يطيب الا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشترى قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وقال فى الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسى

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ قال فى العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أحرى منه وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضى استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورد فى فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل فى فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قال فى العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ (قوله والظاهر أنه تأكيد لان قوله زوال اسمها يتناوله الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجىء من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعى لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبى يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغى أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا) اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمنه) لان على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي) عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الواجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لانها تابعة للاصل (كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا لنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وأربها) أي جعلها أعضاء أعضاء فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحداثها صير) حق (حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته الشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصبها أو طحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها في هذه المسألة مذكورا لمجرد التأكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها فتدبر (قوله غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فأنى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم الا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثل اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باق الخ) قال صاحب العناية قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا (أقول) ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز

قال المصنف (غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال فيباع في دينه (قوله قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الاصوب

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف فى الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشى والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح (٣٧٧) جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجىء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذى هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز

ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان معنى قوله للشافعى أن العين باق أن له فى اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطفا على قوله لانه يؤدى الى الربا الا أن له فى اثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور لهاهنا للزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند اقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعى بلا ريب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى اثبات مذهبه كذا ولنا فى اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بانه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

(قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال اكمل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا نجعله سببا للملك) أقول أى لا نجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول الأظهر أن يقال جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدول والا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلا للحاصل الا أن يقال يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤرب

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا أدى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب (قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه اهـ واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء يأبى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء هناك أيضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا اذا أدى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اهـ (أقول) يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل واذا أدى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الاداء

وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري فقدم اليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها اللقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الأسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان في اباحة الانتفاع) دليل معقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله واهبته ولو وهبه وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البدل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا وقوله (وأصله ما تقدم) اشارة الى ما ذكر قبل والا
هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهبا) اذا غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعدما ضرب يصلح لذلك وفى ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هلاك العين بها من وجه وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة فى جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لابطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساجة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء ستأتى بعد هذا (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه) يعنى فى أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال (وان غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها ازال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه

والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك بقي الكلام فى قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك اذ التراضي قد كان معتبرا فى قول المصنف واذا أدى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هنالك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة فى تفسير قوله أو ضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اهـ واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجة فبنى عليها ازال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اهـ قال صاحب العناية بعد نقل ما فى الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه اهـ (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل فى قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند امكان

قال المصنف (ومن غصب ساجة) أقول هو أول مسئلة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمهم الله كذا فى يواقيت العلوم للامام الرازى (قوله فى قوله وجه آخر لنا فيه) أقول يعنى فى الجواب الذى ذكر فيه عن السؤال

ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر انما لا ينقض اذا بنى فى حوالى الساحة أما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه متعد فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لا فرق فى هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد أن يتحمل الثانى لدفع الاول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل فى قوله والوجه من الجانبين قد مناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ولا شك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فانما تكون الساحة غالبة على البناء فليشكل هنالك أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعى رضى الله تعالى عنه اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا فى غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى فى الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هنالك أيضا كما لا يخفى نعم يوجد هنالك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام فى انتقاض هذا الوجه المذكور فى مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته) قال فى العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب فى صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى جميع الأحوال بل يكفى اشتراكهما فى العلة التى هى مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة فى المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق فى المقيس أيضا بلا ريب على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هنالك ولا يكون صاحب البناء متصرفا فى ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة فى المقيس عليه وهى

(ووجه آخر لنا فيه) أى فى تعليل هذه المسئلة (أن فيما ذهب اليه) الشافعى (اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته) والسفينة مع من عليها فى لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى فى حوالى الساحة لانه غير متعد فى البناء وأما اذا بنى على الساحة ينقض لانه متعد فيه)

(قوله قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أى من العلتين أعنى التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب

لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما بمجرد الرواية فلا اهـ كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة في مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما اسقطه بكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بأن بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبنى عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشئ من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض اذا لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل

(قوله وجواب الكتاب الى قوله قيل لانه تغير الخ) أقول قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بحالها غايته أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالاولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لان الآدمى يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضى الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك اهـ كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين و يقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اهـ (أقول) ان قوله لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا بما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ الثوب كما سيأتى فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا بما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم فلابد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فالمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهما فى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهما فى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعنى فى مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما انه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال فى الاول انه اتلاف من وجه وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفى اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمى وغيره أن الآدمى بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار فى القدورى الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقى منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما

(قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقانى فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر وان شئت فراجعه

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعنى من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت شئ من أجزائه (و جنس المنفعة) يعنى أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه و يبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان) يعنى من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره (لان محمدا رحمه الله جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال واذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته و يترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص و بعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى أن الحكم عام فى الذى يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضى الامام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى رحمه الله أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال فى لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة فى قدر الباقلانى وتعذر اخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه و يتملك مال صاحبه و يتخير بعد ذلك فى تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و جنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها)

فيهما يعنى فى مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال فى الاول انه اتلاف من وجه وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال فى قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذى مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شئ من وجهى نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله فى الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادى على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين تضمين قيمتها و بين امساك الجثة وتضمين نقصانها او يكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان اه كلامه (أقول) للمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك وأخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقى قيمة كما ترى و يجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بعد قطع

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أى يؤمر صاحب الاكثر قيمة بأمر تخييرى والضمير فى قوله الى صاحبه راجع الى الآخر

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولابد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما (قال ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي فى الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة ببنى فيها الا ان التمييز ممكن بخلاف السمن فى السويق لان التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال فى شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها أى الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما فى المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صححه فى المغرب بتنوين عرق حيث قال أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا فى العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر فى المغرب شئ وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال أى لذى عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا فى قول النبى صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشرى فى الفائق ما ذكره المطرزى فى المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أى لذى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا أن هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا الذى لانه معرفة اه (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان ذا الذى بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهرى فى صحاحه وأما ذو الذى بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضفته الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذى فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لانه معرفة وكأن وهمه ذهب الى ذى التى هى مؤنث ذا من أسماء الاشارة التى هى من أنواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم نبوة (قوله ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهم أن يتوهم أن قوله فى التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافى وضع المسئلة فى الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور فى وضع المسئلة هو معناه اللغوى وبالغصب المنفى تحققه فى الارض فى أثناء التعليل هو معناه الشرعى على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قدم

وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه فى المغرب بتنوين عرق أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظالم الذى هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة أى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الارض الخ) يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعنى كما أن فى فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك ههنا لان فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله (لان التمييز ممكن) يعنى بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه فى المغرب الى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لانه معرفة

وقوله (ولنا ما بينا) يعنى فى مسئلة الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعنى ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافى بينهما وتخيير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزى رحمه الله (فى أصل المسئلة) يعنى فى قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبى عصمة فى أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) فى مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (فى السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه) أى من القيمة (المثل سماه به) أى سمى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير فى منه وبه بتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه ان نظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال أبو عصمة فى أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال فى الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبى حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف فى غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فى أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت فى غصب الدور والعقار على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدورى فى قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما فى قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة اهـ كلامه (أقول) قد عرفنا أيضا هنالك أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعى يتحقق عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتخلف عنه عند أحد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب فى العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوى كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقق الغصب الشرعى فى العقار على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف فى تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل وأما الجواب الذى ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب فى العقار بأنه لما كان فى صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوى مندوحة عنه كما لا يخفى

(قوله قال أبو عصمة المروزى) أقول هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبى يوسف رحمهم الله

﴿فصل﴾ لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى أن توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك المبدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمهم الله الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الائمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان (٣٨٦)

اذا تم الملك بذلك السبب ملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشناعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه

﴿فصل﴾ ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكر صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يضر غاية أن يكون وجها آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لا يضرنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة وتزييف دليل خصمنا يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتم التزييف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله الشافعي

﴿فصل﴾ (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لان المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبته لا يضرنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستندا كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) اذا اختلفا فى قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبته بالحجة الملزمة) فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضى الامام أبو على النسفى رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون فى معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجىء بها أو يردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله ينبغى أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها أو صفتها أو قيمتها وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجىء به وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل أبى بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى فى المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فاما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثانى كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قيل أخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله (وأخذه دونها) أى أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهى عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الاخير) يعنى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أى فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (فى ظاهر الرواية) وقال الكرخى رحمه الله لا خيار له فى استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أى ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا

الشافعى ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعى فى تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا فى الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الامر الجلى القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفى الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضى أبو زيد فى الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضى عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب

(قوله فلا يكون فى معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا فى ثمن السلعة كما مر فى الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما ذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح إعتاقه وهو الأصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالجحود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول ماذا كتاب الغصب وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فإنه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لإسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو الأقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح إعتاقه وتدبيره إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مملوكا وقد تقرر في محله أنه يصح إعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

(قوله دون الإعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الزوائد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لافرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليها اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا انما الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه أو أكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن (٣٨٩) الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جناية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه أو أكله أو باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية

ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع) أقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزأ من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالتها عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن أجزائه فلا يتصور اذ ذاك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاوصاف القارة في الأمهات تسرى الى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا) أقول فيه بحث فان الازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا مع أن المسئلتين الأوليين دلتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقهما وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية

بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلزمه فان ولدت عنده فنقصت أولاً فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فاتت جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فاتت كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلأن يجب بما هو فوقهما وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء به وكما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتام لأنه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمائر (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجبر

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثرها أكثر الشراح فى تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثانى على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال فى شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التى هى الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثانى ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثانى لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنايته لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط فى المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفى الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا اه تدبر تقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجيء فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر فى طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثانى وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى فى طريقة الخلاف وقيل فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اه (أقول) لا مجال عندى للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجيء فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا ترى الى قول المصنف فيما سيأتى وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح فى أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت أبعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق ثم ان المعروف فى الحوالة على ما يجيء أن يقال على ما يجيء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال فى مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف فى طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شئ بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا فى الشروح واعترض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع فى ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى فى طريقة الخلاف وقيل فى مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شئ بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات

وصار كما اذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم أن الأم اذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلا منا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم اذ لا تفضي اليه غالبا وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٢) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدل لان في ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقي في ملك المولى فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الأمة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد ليبان أن الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لأنه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده

وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة أيضا) لهما أن الرد قد صح

زبدة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظور فيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لأن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لأئمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)

قال المصنف (أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال الزيلعي أو قلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اه وفيه أن السبب ليس بمتحد والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري ماله بماله وقد مر تفصيله في باب المرابحة والتولية فراجعه (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) اقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. (كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشترى بالحبل (فولدت عند المشترى وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل (ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشترى عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا وأما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشترى وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم اتحاده اذ لا وجه عنده أصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هنالك نقصانا فلان يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيأ فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفا من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب لموت الام فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزيلعي وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحمى والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما أوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف والماجلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشح والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى) وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن فى بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها لا شئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك

(قوله لانها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها ترد مع أصلها (قوله وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول يعضده أن الاجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدوان فانه يبتني على المماثلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف * ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبى جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لاتماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لاتضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على أنها لاتضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لاتماثل الاعيان لان المنافع أعراض لاتبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لايخلو اما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لاقائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لامحالة ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لايجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لابين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لابين جوهر وعرض ألا ترى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بماذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شئ أما في الاول فلأن تنويره بقوله ألا ترى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لايدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن للعقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا ألا ترى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

(وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله أنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه (إلا أن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت الخ) أقول فيه بحث

بجوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين تمت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان الخ اهـ (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله المزبورة لا أمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية ههنا أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله إنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثا أنها لا تماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اهـ أقول يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف إلا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا (فإن قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والإجماع فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

﴿فصل في غصب مالا يتقوم﴾ لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغص[illegible]حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه الى التقوم (قال وان أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع وأما في الآخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك

﴿فصل في غصب مالا يتقوم﴾ قال (واذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما فان أتلفهما المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

﴿فصل في غصب مالا يتقوم﴾ قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه الى التقوم اهـ كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان مالا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي مالا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب مالا يتقوم اهـ ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب مالا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اهـ (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا في حق المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

﴿فصل في غصب مالا يتقوم﴾ قال المصنف (واذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لصدر الاسلام لو أتلف مسلم على ذمي خنزيرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي على ذمي) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذمي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباعا للنبا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم أيضا وأما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل أن ما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذا في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا ترى أن المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير بحسما المروى عن علي رضي الله عنه انه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم الى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ) أقول أي ترك ما يدينون (قوله وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلابهم ذلك لا نورثها

بخلاف الميتة والدم لان احدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب بانا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيأ من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هنالك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أي عدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب اقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان أحدا من أهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كانت مثلية) وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ (وقوله لانه مستثنى من عقودهم) يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذمي) فان المسلم اذا أتلفه لا يضمن شيأ وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب (أنا ماضمنا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذمي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا أتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين وأجيب بأن ذلك كفر أصلي فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) اقول بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعنى لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم فى اعتقاد الشافعى رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل أو الدباغ اما أن يكون بخلط شئ وماله قيمة أولا فان خلل بغير شئ بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شئ وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره فى الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثانى اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

وان كلمة هذا التى يشار بها الى القريب فى محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا أى ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بأن يقال المراد وهذا بخلاف الربا فى الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور فى الاتلاف ومسئلة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة) قال فى العناية يعنى لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم فى اعتقاد الشافعى ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور فى الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضى ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلأن القاضى انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيأ من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضى أصلا كما صرحوا بذلك كله فى كتاب القضاء ومثلوا ما يخالف

(قوله ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف فى حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضى ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الأمثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك و يعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه و يعطيه المالك مازاد الصبغ فيه .

الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة و السلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اهـ (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم و بين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده و يضمن اهـ فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لأئمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لأن دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اهـ كلامه (أقول) ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الادلة التي ذكرها في سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شئ من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه و يعطيه المالك مازاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا اذ لا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبينة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه و يعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه و يعطيه المالك مازاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما فى المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير قوله ويعطى

مازاد الدبغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير أو بالعكس حتى يأخذ الغاصب القيمة ويأخذ مازاد الدباغ أما اذا قوما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه ولابى حنيفة رحمه الله لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الذكى الخ) جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعته الصنعة وقوله (بخلاف الذكى والثوب) جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وأقحم الذكى استظهارا لان التقوم فيهما أى فى الذكى والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان

تحقق

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما ويعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافى كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة فى كون التعدى بالاستهلاك سببا لضمان المتعدى ما استهلكه واعطاء المالك مازاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر أن فى جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافى صحة القياس عليه فى السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال فى حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان فى محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب الا أن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثانى فكان هو فى السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية فى شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن عدم الضمان فى صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى هناك كتحققه فى صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا فى تعليل تلك المسألة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان فى كل من صورتى الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعى وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر فى حقيقة الغصب الشرعى كما تقرر فى صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعى الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيد ما قلنا أن الخمر المتخللة بنفسها أيضا غير مضمونة فى صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه

تحقق الغصب الشرعى موجبا للضمان فى الهلاك والاستهلاك أو كان بمجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كما فى تحقق الغصب الشرعى لوجب الضمان فى صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها فى يد الآخذ مع أنه خلاف ما عليه الاجماع * ثم أقول الظاهر بما بيناه أن يكون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان فى ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير فى مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا فى الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة فى خصوص السبب وهو كون الاصل الذى هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا فى صورة هلاك المدبوغ فى يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب فى تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان فى صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى كما مر بيانه لم يجب الضمان هنالك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) قال الشراح فى تفسير قوله قيل ليس له ذلك أى مطلقا بلا خلاف ويقتضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاقى بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندى فانه لا يتمشى على أصل الامامين اذ قدمر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح فى خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد عامر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله فى هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافى عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك فى هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ فى الثوب بازاء الدباغ فى الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز فى الاستهلاك لما كان لامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشئ متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك) وقوله (لانه اذا تركه) دليل أن فى المسئلة خلافا فالدليل المخالفين ووجه ذلك أنه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أى الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخالل بغير خلط شئ أما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله (قالوا) يشير الى أن ثمه قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ماذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أي أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه في أن بعضهم جاوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم وبعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا و يضمن في الوجه الثاني لانه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يلزمه ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شئ كما سيجئ لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر مازاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ فقد قال المصنف فيما

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكل هذا بما اشتهر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ومعظم ما يقصد به من الاغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغي أن يأخذه و يمكن أن يقال كأنه تخلل بنفسه لان في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى و يمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كلا منافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أوطبلا أومزمارا أودفا أوأراق له سكرا أومنصفا فهوضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنىء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ وفى المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبى حنيفة روايتان فى التضمين والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل مافعل آمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابى حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا أتلف على نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبى حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب

﴿كتاب الشفعة﴾

فى بيان أخذ الجلد واعطاء مازاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح فى أن ما بقى من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء مازاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكى بعينها فافائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى أعلم وأحكم

﴿كتاب الشفعة﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا فى العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعى كما مر أيضا ثم ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ماذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثانى اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة فى السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسيأتى فى الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أوطبلا) قال فى الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أهراق له سكرا) أى صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء فى الاول بدل عن الهمزة وفى الثانى زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الشفعة﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن لوتوفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزارعات أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أى ثابتة للخليط فى نفس المبيع أى الشريك ثم للخليط فى حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعنى الملاصق قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لاضرر ولا ضرار فى الاسلام ولاشك لاحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لأعذبنه عذابا شديدا أى لألزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الطاهرين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا أنه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره (أقول) فى الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة هى التملك المذكور فى عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم وسيجىء فى الكتاب من أن الشفعة تجب أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان ذلك صريح فى أن تحقق التملك فى الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضى فان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولا قضاء القاضى لامحالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكم الشفعة أما الاول فلأنه لاشك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشئ يقارن ذلك الشئ أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكم الشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثانى فلأن ثبوت الملك هو عين التملك فى المعنى وحكم الشئ ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكم الشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذى ذكرناه بحذافيره ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

(قوله لكن لوتوفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول لكن ما ذكر فى بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يغنى عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق فى البياعات والاشربة الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال كلمة من للتعليل (قوله أوجب تقديمها) أقول الظاهر تقديمه قال المصنف (الشفعة مشتقة من الشفع) أقول يقال شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعا به (قوله وفى الشريعة عبارة) أقول قال الاتقانى الشفعة عبارة عن حق التمليك فى العقار لدفع ضرر الجوار انتهى ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشترى بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال عامة المصنف (الشفعة واجبة) أقول أى ثابتة وفى قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر فى الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول اللام للاستحقاق كما فى أمثاله

أما الثبوت فالقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام (قوله أما الثبوت فالقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله أما اذا باع بعدها الخ من وجهين حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ (أقول) كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط أما الاول فلأن قول صاحب العناية وأما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع وأما الثاني فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا الا أننا

والدليل على الاول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم) أي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة

قال المصنف (فالقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز اذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول تكرير للتذكير (قوله أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار) أقول هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لا شفعة) أقول فيه شئ الا أن يقال المراد لا شفعة للخلطة

(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فان قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع الا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار أحق بشفعته والحديث الاول يدل على

ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع الا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الا كثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجيء ويفرغ من شفعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار له الى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله (ولان حق الشفعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا

قال

(قوله الا يرى أنه فسر الاحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل اذ لا حق في الشفعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود الخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا ما روينا

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) فى تقريره نوع خلل لان قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك فى حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة فى المقسوم من جهتين معا أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى فى تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يندفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعى لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية فى تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعى كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة فى الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعى لعدم ثبوت الشفعة الا فى حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العينى المشار اليه بهذا فى قول المصنف وهذا ليس فى معناه بالجار حيث قالوا وهذا أى الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أى الجار يعنى شفعة الجار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر قاطبتهم الفرع فى قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العينى وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندى أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس فى معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بأن الجار فى حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم فى حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذى فى حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا سترة به فعامة الشراح خرجوا فى تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب فى تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب فى تفسير هذا حيث قال فيه أى الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعنى شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار فى معنى نفس ما لم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر فى قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس فى معنى شفعته أى شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن فى معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه وقوله (فى الاصل) أى فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس فى الجار وحده بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا ما روينا) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه رواه البخارى وأبو داود

(قوله وهذا أى الجار يعنى شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أى محل النزاع

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرارا احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعارضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الحاقا بالملك لانه مورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس فى معناه لانه فى معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأبيد والقرار (انما انتصب سببا فيه لورود الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة وحاصله أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة لطالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعلل بعد تحمل بلا ضرر ورقة داعية الى شئ منه ما لا حق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اهـ واقتفى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اهـ (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف فى كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأبيد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعارضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اهـ وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ وتبعه الشارح العينى (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك فى الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما فى المستعير على ما مر آنفا الا أن كلا منهما قد خرج بقوله اتصال تأبيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعارضة بالمال وأما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التأبيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها (قوله لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر فى حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكا له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان أصالتها وتقررها أو بناء على ما هو الاكثر وقوعا فى العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة الضرر تلزمه فى الاصل دون

(قوله وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن ملك فى رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأبيد الا أن يقال المراد الدار المجعولة أجرة ثم أقول واحترز بهذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشترى وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم وروده.

الفرع يعني أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطالب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلأن حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما بأنا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة لما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانه اوضح الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن ثمه معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضي الى قوله تجب الشفعة) أقول لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع ههنا ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما نفى الشفعة في هذه الصورة) أقول أي في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولأن ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عن الجار وبناه أي جعل بين ذلك الحديث وبين ما رويناه أن معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اهـ وقال في النهاية وكلمة انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لأن كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اهـ (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما الاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لأن المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يبتني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظيهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هنالك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا نرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولأن الاتصال) دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله (ولأن ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا لأن الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

فان سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار من غير ذكر مع كل حق هولها والبقعة واحدة أراد الموضع الذي

هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لابد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيأ عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سيأتي من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لاب مثلا اذا أسقط الاخ لاب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجملة انا لا نسلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

ر ذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وشرقوله لان قصته للمرور ولا حق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة بجواز فتح الباب بناء على أن تمكن من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن الرواية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة ههنا باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى رذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال (واذا اجتمع الشفعاء الخ) اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان الدار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا يقال لتثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق

وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت للعليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا أنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تنافر

شيأ لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ان ضمت احداهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعل الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فانه التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فانه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وإن كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهم مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسئلة الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وعو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك وردّ بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله وردّ بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد .

(٤١٥)

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه

(قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالأظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ كلامه (أقول) لقائل

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل إلى قوله والضرر إنما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع إلى كلام

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (٤١٦) (أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفى لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع اذا ثبت فى حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذه وان كذبه المشترى ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالاشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب المواثبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالاعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة) لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك، ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل فى الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا التأويل وتبعه العينى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه اذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشترى لانه هو الدخيل لا عند ثبوته فى حق البائع مع تكذيب المشترى لان البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشترى حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال فى العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى (أقول) فى الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فان كون غرضه المكافأة لا ينافى رغبته

عن

(قوله اذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شئ فانه لا يتمشى ذلك فى الهبة للقريب المحرم وفى أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولايمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لاتورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لايجب الاعند معاوضة المال بالمال على مانبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافاة بالثمن مع أنه لاينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لايدفع النقض بالهبة التي لايصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم أولز وجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لايصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لاشفعة فيها فبقي النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولايمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شئ وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لاتبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ماقبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على مانصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لاعلى التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافلا عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتفى بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولايمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار بأحد الامرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

﴿ باب طلب الشفعة والخصومة فيها ﴾

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان فى النوادر وبالثانية أخذ الكرخى لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثانى تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن و يرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخى و يصح الطلب

﴿ (باب طلب الشفعة والخصومة فيها) ﴾

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا فى عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطرى عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثانى منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة فى الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع فى بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلقائل أن يقول ما ذكره هنالك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلابد من الاشهاد والطلب وسيأتى التصريح منه بأن الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد المذكور هنالك هو الذى فى طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب فى قوله فلابد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هنالك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب و يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتى فى الكتاب فلا تنافى بين كلامى المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول فى وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفى الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على أن لام الجنس فى الشفعة ولام الاختصاص فى لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا فى الحمد لله ان لامى الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر فى صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفى الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها (طلب المواثبة) سمى به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أى من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد) يعنى ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد فى ذلك ليس بشرط

﴿ (باب طلب الشفعة) ﴾

قال المصنف (لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة) أقول تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام فى مجلسه فهذا مثله كذا فى شرح الكاكى والفارق ظاهر فان الشفيع لا يتملكه بطلب المواثبة فقط بل بالاخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى فله بعد طلب المواثبة زمان التأمل بخلاف المشترى عند ايجاب البائع والمخيرة

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل اقروي بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وآخذ بطل لانه عدة محض والمختار ماذكره

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ماذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ماقال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعني من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجواره هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على مايقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ماذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لأن الاشهاد شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ماذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا) أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار

المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ماذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا وقوله (بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة يعني أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كذبا وكذا الثاني وليس بعده على مازعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغي أن يذهب الى أقربهم حتى لو

ترك الاقرب وذهب الى الابعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فأما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فان كان الشفيع أو الابعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

(أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل واحد منهم خصم فيه لان للاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شئ من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ وسيأتي نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

وقوله (أو على المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلابد من بيان السبب ليعلم شل هو محجوب بغيره أولا ورب ما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فلا سبب عند شرعي اذا كان أقرب بابا فلابد من البيان وقوله (ثم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري مالم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٢١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي) يعني المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا اشترى من فلان دارا التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا اه (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري مالم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل

لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهرا يحتمل أن تكون يد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه فاذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سأله عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة الخ) وتجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح فى الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى) والفرق بين هذا وبين المشترى مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشترى وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فأما المشترى ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشترى بابطال الشفعة اذا ماطل فى دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به ليتمكن المشترى من المطالبة (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة أى معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ولو هلك فى يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بحضرته ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشترى لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك فى احداهما مع البائع وتفرد بالاخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع) عليهما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع فى حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه اه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم فى النقل وأفسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذى طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هى المطابقة لما فى الذخيرة وهى الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية فى نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا فى أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انماهو لأجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لالذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحول الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهدة على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلا فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أولا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع ثمه ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك ملقى في صورة الشرطية فقدمها وهو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هنالك فكان ينبغي أن يزاد عليه قيد

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت لوكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسئلة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكيلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا
وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله أن يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

﴿فصل﴾ في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيأ لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

يبيع التركة أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا

﴿فصل في مسائل الاختلاف﴾ لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيأ فخير الشفيع بين الاخذ والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه (وان أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكأن المصنف انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

﴿فصل في الاختلاف﴾ لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين اذ ذاك في الطرفين ولم يوجد الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اهـ واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اهـ (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اهـ قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اهـ (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

(قوله أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين وجد

(فصل في الاختلاف) قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذ النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين هناك فوجب التحالف اذ ذاك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لان المشتري لا يدعي عليه شيأ

وقال أبو يوسف هي للمشتري لانها أكثر اثباتا فصار كبينة البائع) اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه لاتنافي بين البينتين) في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لايظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز أن يجعلا موجودين في حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لايتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول) فالجمع بينهما غير ممكن فصار الى أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران أي بحسب ما توجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء (وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لايتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لايظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولادعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولايخفى ان امتناع القياس لايقتضي امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لايجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لايتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به لا بالقياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لايدعي على الشفيع شيأ ولهذا لايتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لاتصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لامدعيا في الحقيقة الا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولايجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجه ما ذكرنا مؤيدا به ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا البحث عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لاتنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاهما محمد وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان أريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

(قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وان سلمنا أن البينة للمشترى فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثانى هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة أبي حنيفة فى هذه المسئلة حكاها محمد وأخذ بها (قوله ولان بينة الشفيع ملزمة) لانها اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار عما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منهما أولى لانها وضعت للالزام و بينة المشترى عليه غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شئ ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم مستمر فى مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما و بين بينة البائع والمشترى والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة و رجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشترى من العدو لانها غير ملزمة قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعنى غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشترى ووجهه المذكور فى الكتاب واضح وقوله ولان (٤٣٦) التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شئ

ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشترى ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضى البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم (وان كان مقبوضا أخذها بقول المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لما ذكر فى الكتاب

وبعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضى البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبى وبقى الاختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن

فى بعض الوجوه كما صرح به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل فى الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره ان البيع الثانى لا يصح ههنا أيضا ولا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شئ واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول ويدل على لزوم الفسخ ههنا أيضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ

وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أولا فان كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض أن المشترى يدعى أكثر مما يقول البائع والدار فى يد المشترى فاما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فان كان الاول كما لو قال (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أى بالالف (لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أى بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشترى كما تقدم آنفا أن الثمن اذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له اسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) وان كان الثانى كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت الى قوله و يأخذها بما قال المشترى (لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المبيع اذا كان فى يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر لانه لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا والله أعلم

﴿فصل فيما يؤخذ به المشفوع﴾ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذى يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشترى) حط بعض الثمن والزيادة يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة لان فى المرابحة ليس فى التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان فى الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ماذكر فى الكتاب أن البائع اذا حط عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شئ لان حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن ما بقى وان حط بعده رجع الشفيع على المشترى بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد (٤٣٧) عن موضوعه وقد بينه فى البيوع فى فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهى تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة

﴿فصل﴾ فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لان الثمن ما بقى وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه فى البيوع (وان زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع) لان فى اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الاتلاف والعددى المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ فى حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ فى نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ فى قوله لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فخلافه هو الفسخ فى حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ فى حق المتعاقدين والذى لزم تحققه ضرورة فى الفصلين معا هو الثانى دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر فى حق الثانى هنالك كما يظهر فى حق المتعاقدين وأما هنا فخلافه أى لا يظهر فى حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشترى من العدو بالثمن الثانى وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشترى بأى الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك فى حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا فى حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثانى فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر فى كثير من المواضع

﴿فصل فيما يؤخذ به المشفوع﴾ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع فى بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذى يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا فى الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما ملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما ملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذى تملك به المشترى لا بمثل المبيع

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع) (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أى قبل قبض المشترى الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقى واذا حط بعده رجع الشفيع الخ) أقول لفظة ما فى قوله ما بقى موصولة والضمير فى قوله بعده راجع الى القبض فى قوله اذا حط عن المشترى بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة فى الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وإن باع عقارا بعقار) ظاهر ووجهه مما تقدم (وإذا باع بثمن مؤجل) إلى أجل معلوم (فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وقيد وصف الأجل بكونه معلوما لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم لأن الأجل وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به) أي بالثمن (فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل وقوله (وليس الأجل وصفا في الثمن) جواب عن قول زفر ووجهه أن وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشتري) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما إذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلى آخر ما ذكر في أواخر باب طلب الشفعة وقوله (وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال (وإذا باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا

الذي ملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اهـ (قوله وليس الرضا به في حق المشتري رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل إلى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر بل إنما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما اقتضاء من حيث إن الرضا بالأجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلا إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه لقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم وتملك الشفيع الدار إما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك (قوله ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الأظهر أنه جواب عما يقال الشرط وإن لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة لأن الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملاءة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الأجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل في باب التحالف

قال (واذا اشترى ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمى احترازعما اذا كان مرتدا فانه لاشفعة له سواء قتل على ردته أومات أولحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم فى باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول فيه قول المشترى مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة لان وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

(فصل)* الاصل فى المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (واذا بنى المشترى فيها أوغرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به المشترى وقيمة البناء أو الغرس وان شاء كلف المشترى قلعه

قال (وان اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقتضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ فى الاول بالمثل والثانى بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

﴿فصل﴾ قال (واذا بنى المشترى فيها أوغرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه)

فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبى يوسف الآخر فى هذه المسئلة لان دليله على ماذكر فى المبسوط وفى شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال فسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ فى الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدى الثمن حالا لا يجدى طائلا فى دفع ماذكر فى دليله من أنه فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف أبى يوسف فى قوله الآخر فيما اذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ فى الحال الخ على تتميم دليل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافى وكثير من الشراح أخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبى يوسف الآخر ووجه ظاهر الرواية أن حقه فى الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقرير الجواب فى شرح الكاكى هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ولكن فى كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفى مسألتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر اهـ وفى شرح الكنز للزيلعى انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها

(فصل) واذا بنى المشترى

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك) وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر وهو قوله أن يقلع و يعطى قيمة البناء ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أنه ملكه والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع في

الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أي ماقلنا انه لا يكلف (لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الادنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب مايقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه (وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لان حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا (لانه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا أو مقبرة فكذا ينقض تصرفاته غرسا و بناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض و بخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

وعن أبي يوسف انه لا يكلف القلع و يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس و بين أن يترك وبه قال الشافعي الا أن عنده له أن يقلع و يعطى قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى و بذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية أي ماقلنا انه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف انه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم ايجاب القلع و وجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ماقلنا من عدم ايجاب القلع و وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلا عليه فينبغي أن يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ على ماهو الطريقة المعهودة عند تعدد الادلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه اذا أراد أن يبين لمية مسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان أصل المدعى واحدا وكأنهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في مواردها وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه) أقول ههنا كلام وهو أن المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو بقضاء القاضي و بين ذلك وماقال ههنا تدافع فان المتفهم فيما ذكره هنالك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك أولا للمشتري ثم يثبت منه الى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وماذكره ههنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره ههنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هنالك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبيل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة و بخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

(قوله فانه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذا كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري انما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(قوله

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايجاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالأهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها وأجيب بانه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقض لا يتضرر به المشتري كثير السلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله (واذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلأن المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلا منافيه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن مالم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع ألا يرى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكر فأشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيع قال (فان جذه المشترى ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب (وان جذه المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله اعلم

أن يقال ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع لا من البائع ولا من المشترى ليم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشترى ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذه منه ولا على المشترى ان أخذه منه وعن هذا قال فى الكافى ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال فى النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور فى حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لانه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لا لأنه أخذ جبرا لانه لا يمشى فيما أخذ بالتراضى بل لانه ليس بمغرور والمشترى انما رجع على البائع لانه مغرور من جهته (أقول) ليس ذلك بشئ لان قيد الجبر مأخوذ فى تعريف الشفعة على ما ذكر فى عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد فى تعريفها حيث قال فى متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر فى شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الأخذ بالتراضى أيضا حيث قال يعنى لا يعتبر اختياره لأنه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشترى مع البائع و بين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار فى الاول وعدم اعتباره فى الثانى ولا يتوقف على اعتبار الاختيار فى الاول واعتبار عدمه فى الثانى تأمل تقف بقى شئ فى كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور فى المشترى وعدم الغرور فى الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

احترق لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد وأما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن (وان نقض المشترى البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شئ من الثمن وقد مر فى البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان مركبا فيه) يعنى مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف فى ولد المبيعة) يعنى أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى كالام وقوله (فى الفصلين) يريد به ما اذا كان فى النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشترى وما اذا لم يكن ثم أثمر ثم

جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى والله أعلم ... الا اخذ

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن فى قوله وبالتأمل فيه يرشد الى أن فى قول من قال الخ

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال (الشفعة واجبة فى العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعى لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فى كل شئ عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولا شفعة فى العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا فى ربع أو حائط وهو حجة على مالك فى ايجابها فى السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك فى المنقول لا يدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به وفى بعض نسخ المختصر ولا شفعة فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور فى الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار

الآخذ برضا خصمه وبين المشترى من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشترى التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشترى مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشترى السلامة اه والظاهر أن خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا فى الشروح (قوله الشفعة واجبة فى العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتى ذكره فى تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فى كل شئ عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به فى كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك فى الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار فى معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما فى الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزى فى المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة اه فلعل ما وقع فى الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين فى المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثانى منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت فى الضيعة تثبت فى الدار ونحوها أيضا على ما صرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهرى فى الصحاح فى فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اه وقال فى فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) فى كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهى الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التى هى مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة فى العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا فى ربع أو حائط) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

---

* (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) *

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة فى العقار الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة فى العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أى لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحسب بسكون السين وفتحها فى معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما تسكن فى ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس له فى الشفعة اذا كان له طريق فى السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة فى الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار

* (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) *

(والمسلم والذمي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (ويستوى الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٤٣٦) أو مكاتبا) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أولا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشترى صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشترى في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذى ملك به المتملك وعلى هذا (لاشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أوغيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشترى حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة والاجارة

قال (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا أو مكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة على ما مر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست بأموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيأ مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في احتياجها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشترى صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشترى في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذى ملك به المتملك اه (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذى ملك به المتملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع

(قوله واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافيا) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

لان شدء الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بجر المثل فى التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع با ... لانه لاعوض فيها أصلا) وقوله أى قول الشافعى رحمه الله (يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه) اى ما يشابهه ... كبدل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا فى الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا أو ضروريا والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن لا يظهر فى حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) وانما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليسا من جنس (٤٣٧) ما يتمول به ويدخر وقوله (وعلى هذا)

لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة فى الشراء الفاسد وأجيب بانه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة فى الساقط لا تفضى الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار) أى فى شئ منها (وقالا تجب فى حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية فى حقه) أى فى حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لاعوض فيها أساوقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة وقالا تجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه

والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق اه (أقول) فى قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام فى قيمة الاعواض التى جعلت بدلا للدار فى الصور المذكورة لا فى قيمة نفس الدار والعوض فى صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعى قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة فى الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منها عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه فى سائر الصور فى نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب فى زيادته العبد والحاقه بالدار فى المؤاخذة فان العبد مأخوذ فى جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام فى قيمة الاعواض لا ينافى اعتبار قيمة العبد فى صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد فى تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فسيجئ من بعد (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) قال فى العناية انما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجينى نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تفضى الى المبادلة المالية وأما أن تكون هى المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا فى جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة فى حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس فى مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله فى حقه وليس فى بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجىء فكذا فى حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفردهما) أقول فيه شئ لا يخفى بجوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل فى التغاير بين الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (اذا لم يكن من جنسه) أي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا (الا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا الا أنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا (لان كل واحدة منهما مطلقة عن العوض الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ماض) اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله واذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما) أي لاحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فان أخذها بالشفعة كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا اذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من ان أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية عدم الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله أو يصالح عليها الا أنه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنه لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا أنكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما اذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه أخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا أن تكون بعوض مشروط) لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه أثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده

بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندي في تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال لانهما ليسا بمتقومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

(قوله واذا أخذها) يعنى أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه فى طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى) يعنى التى اشتراها المشترى بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهى التى أخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصرانى اذا اشترى من نصرانى دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع فى الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعنى الاخذ بالشفعة واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد فى حق الشفيع كما لم يثبت فى حقه الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع فى حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط فى حقه أو الفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) جواب عما يقال احتمال الفسخ فى البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشترى قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشترى ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفى الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن فى الخيار للمشترى يملك التصرف فى الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفى الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف

واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه

وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائحة كانت فى حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه فى كفاية المنتهى كذا فى العناية أخذا من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه فى البيوع ايضاحه فى بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شئ فى كتاب هذا بعد أن ذكره فى كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة فى كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اه وقال بعض الفضلاء فى بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع فى ابتداء العقد يوجد أيضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث فى الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن فى ابتداء العقد وأما فى الصورة الاولى فهو حاصل فى الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذى هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد فى ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا سترة به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

(قوله تلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعنى الاخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعنى اثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفى اسقاط الشرط كما فى خيار الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس يضاف إلى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورود الخيار للمشترى كان يندفع بقوله لدفع الفساد فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشترى بالخيار وإن لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف والمشترى شراء فاسدا ليس منهما فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وإن سلمها إلى المشترى فهو) أي المشترى (شفيعها لأن الملك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لأنا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشترى شراء فاسدا مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبت الشفعة ثم لا تنتقل الشراء الفاسد من المشترى إلى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فإن قيل الملك وإن كان للمشترى وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشترى شراء فاسدا فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشترى بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الأخذ في تلك المسألة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد

قال (فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وإن سلمها إلى المشترى فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وإن استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وإن ثبت في حق المشترى كما لا يثبت الخيار الثابت للمشترى الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض إما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هنالك وأما الخيار فإنما يثبت للمشترى لمعنى خارج عن العوضين إذ هو للتأمل والتروي فبإسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض بل يكفي إسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لأن شيئا من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الأول فلأن إسقاط الشرط

ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحق بها (كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده) لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وإن استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى لانقطاع ملكه عما استحق به قبل الحكم بها أو لا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأنا لا نسلم أنه الخ) أقول لفظ الأخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فإنه لا يبقى تصرف البائع فيما إذا كان الخيار للمشترى بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فإن قوله في الفاسد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأنا لا نسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لا نسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ) أقول واستظهارا أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجرى فيها جبر القاضى والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما ولا يتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ماعرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما امكان عدم اسقاط مايصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشترى لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لاقيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل مايؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للايراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلأن تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة ثم أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) ولا فرق فى هذا يعنى فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه وأما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى وان كان الثانى وهو مراد القدورى ففيها الشفعة على ماذكره فى الكتاب قال الشارحون قوله ومراده أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما وأما رواية الكسر فمعناها ولا شفعة فى قسمة ولا فى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظر سيعلم وأنكر فخر الاسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فأما اذا كانت عقارا أو غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله أعلم

باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جماعة من الشراح أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هنالك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا آخر أيضا اذا لم يكن القيد منافيا لعموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب)

باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجهه اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعني طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم

قال

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول بعد أسطر

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم اشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب المواثبة) أقول يعني ترك نفس طلب المواثبة مطلقا أشهد أو لا

(وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفاسد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط و يصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لأنه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالوا واذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية أيضا بما فسروا به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شئ لا يبطله و يعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف هنا لاعراضه عن الطلب عاضدا أي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون أن يقال لاعراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اه وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هنالك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضدا للآخر (قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط و يصح الاسقاط) قال صاحب العناية

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف (فبالفاسد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساده قلت في الدليل الاول فليتأمل (قوله ونحوها فهو ملائم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لا يتوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله وردّ العوض بجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله وردّ العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما أبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لانتفاء الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يكون عوضا عنه

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنه انبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا وأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلأنا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذ لا يصلح شئ منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فبين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاه صاحب العناية وأما ثانيا فلأن تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول يعني آنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقررا) أقول يعني كان القصاص حقا متقررا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل ثمنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لأدنى ملابسة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشترى اليه أو بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذوها وان كان الثانى فلهم ذلك وقال الشافعى الاول كالثانى بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته ولنا أن الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط فى أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشترى لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار فى دين المشترى ووصيته) أى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى أو وصيه فى دين الميت فللشفيع أن ينقضه كما لو باعها المشترى فى حياته لا يقال بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أى بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو أبرأ عن الدين ولا يعلم أن له دينا وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بأن المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما تسقط بهما لدلالتهما على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له فى قوة الدلالة وان كان الثانى لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو أن من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى تورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشترى لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له

أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفى بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط فى البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط فى البيع الحقيقى وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بيناه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات

قال المصنف (ولانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر فى البيوع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط بوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثانى الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله فان كان الاول بطل شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشترى الى قوله لا شفعة له) أقول قال فى غاية البيان من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشترى أو اشترى له كالموكل بالشراء له فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لوكيل المشترى أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر فى الكتاب وهو أن الاول يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والثانى ليس كذلك لان أخذه بالشفعة كالشراء فى كونها رغبة فى المشفوعة والشفعة انما تبطل فى الرغبة عنها (وكذلك) أى كوكيل البائع لوضمن المشترى الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا فى نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو بشعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على

ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (واذا بلغ الشفيع انها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية

شفعته أما فى الاول فلانه انما سلم لاستكثاره بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال فى النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتى بخلاف ما اذا ظهر أكثر من الالف فان مستكثر الالف أكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا وأما فى الثانى فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيأ من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال فى المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره فى المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال فى المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التى اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره فى الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدل فى الذخيرة بما ذكره فى المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شئ هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسى ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر ان الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع فى عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددى متقارب لكونه فى معنى المكيل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد فى حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام فى ايهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالاولى هو الاطلاق

(وإذا قيل للشفيع ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا
بجوار غيره قال محمد رحمه الله فى الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد

اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع

﴿فصل﴾ لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم تلك الاحوال فى هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل

﴿فصل﴾ واذا باع دارا ... لاحتمال

قال (واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه

﴿فصل﴾ قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه فى بادئ الرأى تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أحرامهما فى هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين (قوله واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعنى لتفاوت الناس فى الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذاك كذا فى الكافى قال محمد رحمة الله عليه فى الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اهـ وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد فى الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اهـ ولا يخفى ان كلام صاحب العناية ههنا خلاصة النظر الذى أورده الشارح الاتقانى فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اهـ كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور فى كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذى يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور فى كلام الامام محمد فى الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذى لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيأ من كلاميهما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلأنه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك فى الفاسد وأما كلام الامام محمد فلأنه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذى لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضى الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تقف

﴿فصل﴾ لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم تلك الاحوال فى هذا الفصل

لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى) لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقى بالباقى وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضى الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع بطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه كذا فى العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به فى قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال فى استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء دار المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندى أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذى نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق فى كثير من الصور بخلاف ماذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع بطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ماذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحق الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان الا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخر ماذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان (أقول) لا يذهب على ذى فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ماذكر فى فتاوى قاضيخان وفى الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار ومعنى ماذكر فيها

الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أى برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والاوجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول فى استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير فى لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير فى قوله ملكه راجع الى المشترى (قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ماذكره ليس تقريرا لما فى الكتاب بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ماذكره الامام الزيلعى وتقرير ما فى الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا عما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتأمل

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة

﴿ مسائل متفرقة ﴾ ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الاخذ والقائله نادرة سوى ما نبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص فان أخذ المالك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشترين بينهما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال روي عنه أن المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله (بمنزلة أحد المشترين) يعني أن أحد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لان العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع فلان

قال (ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة

﴿ مسائل متفرقة ﴾

قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض ثمنها أو يباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المصنف فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا انه لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشترك في أن يعمهما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيهما العدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليكها فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه اما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأيا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الاول

﴿ مسائل متفرقة ﴾ (قوله يتضرر به الدخيل ضررا زائدا) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع الى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي الى تفريق اليد عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري (يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (١٥٤) (وتسليم الاب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمدا مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته) وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي

فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

(قوله فانه لم يجر بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول لم يذكر الحمل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكروه والحق فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا بأس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا للاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة

وقوله (ولانه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله (وسكوتهما كابطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالاجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهما لم يريا تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلأن لا يريا اذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها من التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي أحسن وليس تركها هاهنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صحيفة	
٢	باب اقرار المريض
١٣	فصل فى بيان الاقرار بالنسب
٢٢	(كتاب الصلح)
٣٠	فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ
٣٨	باب التبرع بالصلح والتوكيل به
٤٠	باب الصلح فى الدين
٤٦	فصل فى الدين المشترك
٥٢	فصل فى التخارج
٥٧	(كتاب المضاربة)
٧٠	باب المضارب يضارب
٧٣	فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ
٧٤	فصل فى العزل والقسمة
٧٨	فصل فيما يفعله المضارب
٨٣	فصل آخر
٨٦	فصل فى الاختلاف
٨٨	(كتاب الوديعة)
٩٩	(كتاب العارية)
١١٣	(كتاب الهبة)
١٢٩	باب الرجوع فى الهبة
١٣٩	فصل ومن وهب جارية الاحملها الخ
١٤٥	(كتاب الاجارات)
١٥٢	باب الأجر متى يستحق
١٦٣	فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة الخ
١٦٤	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
١٧٤	باب الاجارة الفاسدة
١٩	باب ضمان الأجير
٢٠	باب الاجارة على أحد الشرطين
٢١١	باب اجارة العبد
٢١	باب الاختلاف فى الاجارة

صحيفة	
٢١٩	باب فسخ الاجارة
٢٢٤	مسائل منثورة
٢٢٥	(كتاب المكاتب)
٢٣٤	فصل فى الكتابة الفاسدة
٢٤٢	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٢٤٩	فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ
٢٥٣	فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى الخ
٢٦١	باب من يكاتب عن العبد
٢٦٣	باب كتابة العبد المشترك
٢٧٠	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٢٨٠	(كتاب الولاء)
٢٨٨	فصل فى ولاء الموالاة
٢٩٢	(كتاب الاكراه)
٢٩٧	فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ
٣٠٩	(كتاب الحجر)
٣١٤	باب الحجر للفساد
٣٢٤	باب الحجر بسبب الدين
٣٣٢	(كتاب المأذون)
٣٥٧	فصل واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة الخ
٣٦٠	(كتاب الغصب)
٣٧٥	فصل فيما يتغير بعمل الغاصب
٣٨٦	فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ
٣٩٧	فصل فى غصب ما لا يتقوم
٤٠٥	(كتاب الشفعة)
٤١٨	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٤٢٤	فصل فى مسائل الاختلاف
٤٢٧	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٤٣٠	فصل واذا بنى المشترى فيها أو غرس الخ

صحيفة

٤٣٥ باب ما تجب فيه الشفعة ومالا تجب
٤٤٢ باب ما يبطل به الشفعة

صحيفة

٤٤٨ فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها الخ
٤٥٠ مسائل متفرقة

﴿تمت﴾